



أصول التعمهات

تأليف

الدكتور محمد مصطفى

أستاذ بكلية الحقوق بالجامعة المصرية
قاض بالمحاكم الأهلية سابقاً

حقوق الطبع محفوظة
« الطبعة الرابعة »

مطبعة الأعماد بشارع حسن الأكبر

١٩٣٣ - ١٣٥٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

مقدمة

١ - في أهمية التعهدات : الانسان مدني بالطبع : فلا يتم له عيش إلا إذا تعاون مع الناس . فهو محتاج أبداً إلى عملهم ونشاطهم استجماً لحاجاته المتنوعة ، وهو من أجل ذلك يتعاقد معهم بالبيع والقرض والايجار والمشاركة والمقايسة حتى تتم له الحياة ويشبع رغبته ويسد خلته . فكل فرد يعطى ما يفيض عن حاجته .

ولادراك فائدة التعهدات المتبادلة التي يتحملها الناس بسبب حياتهم المشتركة فلتتصور حالة يجتمع يضطر كل عضو فيه أن يعتمد على جهوده الخاصة للحصول على كل ما يحتاج إليه . لاريب أن الجهد يكون شاقاً وعظيماً وثمرته قليلة لا تقى بأشباع أمس الحاجات والزمها للانسان .

وقد أخذت العقود وما تنتجه من التعهدات المتقابلة تزايد بتزايد العمران . ومعلوم أن حاجات الانسان لا حد لها . وكلما استبحر العمران زادت الحاجات ، وكل حاجة جديدة توجد صورة جديدة للتعاقد ، فالتأمين البرى والملاحة الجوية هما من الحاجات الجديدة التي لم تشر اليهما قوانيننا .

وإذا كانت الحياة الاجتماعية تستلزم وجود تعهدات بين الأفراد فن الطبيعى بعد ذلك أن يعنى المشرع بتنظيم هذه العلاقات منعاً للغش والمخاتلة وتلافياً للعدوان واقراراً للحقوق .

وموضوع التعهدات ينقسم الى خاص وعام :

(١) فالجزء العام يبحث في التعهدات بوجه عام بقطع النظر عن مصادرها ، ويبحث في الأعمال القانونية التي تنشأ منها التعهدات كالعقود وأشباه العقود ، والجرائم وأشباه الجرائم . ويمتاز هذا الجزء بأنه يسرى على كل التعهدات الناشئة بين الناس وعلى غيرها مما تولده الحياة الاقتصادية .

(٢) ويبحث الجزء الخاص في القواعد المنطبقة على المعاملات القانونية الحاصلة بين الناس . وهو الجزء المتغير بسبب التطورات السياسية والاقتصادية التي تتأب حياة الأمم من حين لآخر .

ويعتبر الجزء العام أهم أجزاء القانون . وهو بالنسبة للقانون المدني كنظرية القيمة بالنسبة للاقتصاد السياسي . بل يمكن القول بأنه أساس القوانين التجارية والادارية والدولية على نوعها ، خاصة وعامة . لأنها لاتعدو أن تقرر علاقات تعهدية الغرض منها تحقيق شتى المنافع ومختلف المآرب . وليس من المغالاة أو الاسراف في القول أن نعتبر نظرية التعهدات الأديم الذي يتكون منه جسم القانون ، والاساس الذي تستقر عليه كل النظم الاجتماعية . لذلك كانت التعهدات منذ أقدم العصور موضع عناية المشرعين وبخاصة لدى الرومان . وقد وصلت نظرية التعهدات على أيديهم الى أسمى درجات الكمال بفضل ملكتهم العملية ، وصفاء فكرهم ، وشغفهم بالتحليل ، وتناولهم بالبحث كل ماله صلة بالعلاقات الالزامية الناشئة بين الناس . فأقاموا بتريث ومهارة هذا الصرح ، الذي ظل قائماً ، خلال العصور ، حتى عهدنا الحاضر . ولم تستطع الأيام أن تعبت به كما عبثت بالدول التي اقامته وكما عبثت بمعظم الحضارات القديمة . وليس بقاء هذا الصرح قائماً ، مرده الى انسجامه وكأله حسب ، بل ينضاف الى ذلك أن موضوع التعهدات من المواضيع العقلية البحتة التي تصلح لكل زمان ومكان . ومن المستطاع تطبيق قواعدها على الاقطار غير المتجانسة في عقائدها ونظمها السياسية والاجتماعية . ذلك لأن العلاقات التعهدية الناشئة

بين الناس هي من شئون اراداتهم الفردية . وليس على المشرع إلا الاقتصار جملة على اقرار إرادة المتعاقدين ، والعناية بوضع قواعد مفسرة لاراداتهم أكثر من العناية بوضع قواعد الزامية . ولعل الانسانية تشهد في يوم قريب أو بعيد وضع قانون للتعهدات يسرى على العالم قاطبة^(١) . إلا أن النظم القانونية باللغة ما بلغت من الدوام والاستقرار ، لا بد أن تساهلها يد التحوير والتعديل بفعل التطورات الاجتماعية . فالعالم في القرن العشرين غيره في عهد الرومان بسبب ما اعتراه من التطورات بل الانقلابات البليغة في العلوم والفنون ، ومن تضرب المعاملات وسرعتها ، وتمركز رؤوس الاموال في أيدي قلائل من الناس ، وتزايد حقوق الدولة ، وتعدد نواحي تدخلها في الشئون الاقتصادية . مما أفضى الى تعديل نظام التعهدات وجعله ملائماً لضرورات الوقت . فوضعت نظريات جديدة للعقد الجماعي ، وعقد الانضمام أو التلاحق ، والالتزام الناشئ عن إرادة مفردة الخ . وقد مس التطور نظريات كانت قديماً في دور الطفولة فاصبحت الآن ملائمة للحياة القانونية الحاضرة على ما فيها من تعقد وخلو من البساطة الاولى ، وتنافر المصالح وتزايدها ، كالتعاقد لذمة الغير وإساءة استعمال الحق ، واشهار العقود الناقلة للملكية أو المقررة لحقوق عينية .

٢ - تعريف التعهد : التعهد هو ارتباط قانوني بين طرفين — متعهد ومتعهد له — الغرض منه حصول منفعة للتعهد له بالزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه (م ١٤٤/٩٠ مدني) والتعبير بالارتباط القانوني قديم يرجع الى عصر الرومان حيث كانوا يتصورون طرفي التعهد مرتبطين بسلسلة قانونية تنحل بالوفاء .

وكل تعهد يقتضي وجود طرفين . الأول متعهد له « دائن » يمكنه القانون من استيفاء منفعة له . والثاني متعهد « مدين » يحتم عليه القانون الوفاء

(١) عملت فرنسا وإيطاليا على وضع قانون مشترك للتعهدات . وقد وضع مشروع هذا القانون في باريس سنة ١٩٢٧ .

الى المتعهد له . والتعهد يعتبر « حقاً » بالنسبة للدائن يدخل ضمن أمواله .
ويعتبر « ديناً » بالنسبة للمدين ويعتبر بما فى ذمه . وقد يكون أحد الطرفين
مستجمعاً لصفتى المتعهد والمتعهد له كما هو الحال فى عقد البيع . فالبايع يتعهد
بتسليم المبيع ويتحمل بعض الضمانات . وهو بهذا الاعتبار يكون متعهداً ،
وله حق اقتضاء الثمن فهو متعهد له . والمشتري يمكنه قهر البائع على تسليم
المبيع فهو متعهد له ، ومن جهة أخرى هو ملزم بدفع الثمن فيكون متعهداً .
ولكن يمكن القول بوجه عام أن البيع يشتمل على طرفين متعهد ومتعهد له .
أودائن ومدين . ولأجل تفهم ماهية التعهد يجب أن نشرح ابتداء الحق وأنواعه
٣ — تقسيم الحقوق : تنقسم الحقوق الى سياسية ومدينة .

(١) فالحقوق السياسية هى التى تقررها القوانين العامة كحق الانتخاب
للمجالس النيابية وحق شغل الوظائف العامة . وقد يكون الشخص ذا أهلية
مدنية كاملة ولكنه محروم بمقتضى الدستور مثلاً من كل أو بعض الحقوق
السياسية .

(٢) والحقوق المدنية هى التى يتمتع بها كافة الناس وتنقسم الى حقوق
عامة وحقوق متعلقة بالأحوال الشخصية وحقوق متعلقة بالمال .

١ — الحقوق العامة . وهى الحقوق المقررة لكل فرد باعتباره انساناً
كحمايته من الاعتداء على جسمه أو شرفه أو ماله ، وحرية الخطابة والدين
وما يماثلها من الحقوق التى تختلف باختلاف القوانين العامة فى كل دولة .
وقد أشار اليها الدستور المصرى . وهذه الحقوق لا تقوم بمال إلا فى حالة
التعدي كالتدفع . فقد يكون للبجنى عليه الحق فى طلب تعويض مالى نظير
ما أصابه من الضرر ولكن المشرع لم ينظر الى هذه الوجهة عند تقريره هذه
الحقوق الأساسية للانسان .

ب — الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية . وهى التى تتعلق بالفرد

باعتباره منتسباً الى أسرة معينة كابن أو أب أو زوج أو زوجة . ومرجع هذه الحقوق قانون الأحوال الشخصية وليس لها علاقة بالمال إلا في حالة النفقة .

ح - الحقوق المتعلقة بالمال . وهي التي تقوم بالمال وتنقسم الى حقوق مطلقة أو عينية (jura in re) وحقوق نسبية شخصية (jura ad rem) ولهذا التفرقة أهمية خاصة في القانون . ولتقريبها الى الذهن نأتي ببعض الأمثال : يمثل الحق العيني هو حق الملكية ويمثل الحق الشخصي هو التعهد الذي ينتج من اقراض مبلغ من النقود . ويحسن تسمية الحق الشخصي بالحق التعهدي الشخصي تمييزاً له عن الحقوق الشخصية التي لا تنتقل بالوراثة كحق الانتفاع والحقوق المتعلقة بشخص المدين التي لا يجوز للدائن استعاضتها نيابة عنه وهي التي أشارت اليها المادة ٢٠٢/١٤١ م كتعويض عن قذف .

٤ - الحقوق العينية : عرف أوبري ورو الحق العيني فقالا : الحق العيني هو التسلط الكلي أو الجزئي على شيء معين بموجب علاقة مباشرة محترمة من الغير . . فخاصية الحق العيني هو وجود علاقة مباشرة بين شخص وشيء . ويفيد هذا التعريف عدم وجود واسطة بين الشخص الذي يتمتع بالحق وبين الشيء الذي ينصب عليه هذا الحق ، فثلاً مالك المنزل أو من له حق الانتفاع ، له حق السكنى ، وصاحب الحقل ، له أن يحصد الزراعة القائمة على حقله بدون وساطة أحد . ويختلف الحال بالنسبة للمستأجر إذ ليس له حق مباشر على المنزل أو الحقل ، فالمستأجر دائن للمالك المؤجر الذي يتعهد بإمكانه من الانتفاع ولو لم يوجد هذا التعهد لما كان له حق على المنزل أو الحقل .

ويكفي هذا التعريف لفهم الحق العيني من الوجهة العملية فتدرك بسهولة حق الملكية وغيره من الحقوق العينية . لكن هذا التعريف فاسد من الوجهة النظرية . إذ من الخطأ القول بأن الحق العيني يوجد علاقة مباشرة بين شخص

وشيء . لأن هذه العلاقة واقعة مادية لها اسم خاص تعرف به وهو الحيازة (Possession) ولا يمكن تصور وجود علاقة قانونية إلا بين أشخاص . إذا تقرر هذا نعود الى حق المالك فنقول أن الطرف الأول وهو صاحب الحق العيني هو المالك (المتعهد له) والطرف الثاني هو كل الناس عدا المالك وبعبارة أخرى « الغير » (المتعهد) .

يتج مما تقدم أن الحق العيني هو علاقة قانونية مقررة بين شخص وكل الناس ، وهي علاقة تعهدية لا تختلف بطبيعتها عن بقية التعهدات إلا في كون تعهد كل الناس (الغير) هو تعهد سلبى محض قاصر على الامتناع عن كل ما يعكر وضع يد صاحب الحق .

فالحق العيني إذن هو عبارة عن علاقة تعهدية بين شخص معين هو صاحب الحق وبين أشخاص غير معينين من ضمنهم كل الأشخاص الذين يتعاملون مع صاحب الحق . ولا يطلب من الطرف الثانى (الغير) إلا أمر سلبى . ولهذا السبب لا يلتفت اليه عند تصور الحق العيني .

ويرى كاتبان أن الحق العيني ليس من الحقوق التعهدية وأنه يختلف من هذه الوجهة عن الحق الشخصى الذى هو حق نسبى أى علاقة بين شخصين تنقيد بمقتضاها حرية أحدهما وتسخر لخدمة الشخص الآخر وهو الذى له سلطة الأمر . وأن الحق العيني كحق الملكية هو حق مطلق وليس علاقة بين أشخاص بل هو ميزة منحت الى شخص كحق الانتفاع والاستمتاع بالشيء . والحق العيني مؤبد يظل باقياً طالما أن محله باق ينتقل من شخص الى آخر الى أن يرث الله الارض ومن عليها . أما الحق الشخصى فهو علاقة مؤقتة بين شخصين تتحل بوقوع أمر محتمل الحصول وهو الوفاء . ويرى كاتبان أن القول بأن الحق العيني هو تعهد سلبى من كافة الناس لا يعطى عن الحق العيني فكرة صحيحة لأنه يصور الحق العيني بأنه حالة مضادة للطبيعة تفقد الناس جزءاً من حريتهم فى حين أن الحق العيني هو شرط أساسى للحياة الاقتصادية .

ولكن الواقع هو أن الطرف الثاني — الغير — موجود بطبيعة الحال ووجوده في الحق العيني هو الذي يميز مالك الشيء من سارقه . لأن السارق تربطه بالشيء علاقة مباشرة فهو حائز كالمالك تماماً . والفرق بينهما أن ليس على الغير احترام حيازة المالك . وهذه العلاقة التي تربط المالك بغيره من الناس تظهر عند وجود من لا يريد احترام حق المالك إذ يلزم المعتدى بالتعويضات الناشئة من عدم احترامه لحق المالك . ولا يمكن تصور هذا الالتزام لو لم يكن المعتدى (وهو من الغير) متعهداً من قبل بشيء ما قبل المالك .

٥ — في خصائص التعهد العيني والتعهد الشخصي

أولاً — الحق التعهدي الشخصي يربط صاحب الحق بشخص أو بأشخاص معينين . أما الحق التعهدي العيني فيربط صاحب الحق بكل الناس (الغير) أي بمجموع غير معين لا يعرف عدده تماماً .

ثانياً — موضوع التعهد العيني ، سلبى دائماً وهو عبارة عن إلزام الغير بالامتناع عن فعل كل ما يضر بصاحب الحق أو يعطل عليه انتفاعه . أما الحق التعهدي الشخصي فهو عبارة عن إلزام المتعهد بعمل إيجابي كدفع مبلغ من النقود مثلاً .

وهذه التفرقة تظل باقية حتى لو كان موضوع التعهد الشخصي الامتناع عن عمل معين . وذلك لأن المتعهد بحق شخصي سلبى تنقيد حريته في حدود هذا الحق فتعده يمنعه من عمل شيء يبيحه له القانون . وقد أشار العلامة الألمانى سافيني Savigny الى هذا المعنى في تعريفه للحق الشخصي حيث قال : الحق الشخصي هو الذي يبيح لشخص التسلط على بعض أفعال شخص آخر قصير هذه الأفعال خارجة عن سلطانه وخاضعة لارادة الشخص الأول ،

أما التعهد العيني السلبى فهو لا يمس حقوق الناس سواء أكانت طبيعية أم قانونية . وكل ما يطلب منهم هو عدم الاضرار بصاحب الحق وفيما عدا ذلك

تبقى حقوق الناس كاملة .

ثالثاً — موضوع الحق العيني شيء معين إذ لا يمكن تصور تملك شيء لم يعين تماماً (م ٢٦٨ / ٣٣٨ مدني) أما موضوع الحق التعدي الشخصي فيكفي أن يكون معيناً بالنسبة لنوعه وكميته كالتعهد بتوريد مائة قنطار قطن . فالتعهد معين في نوعه لا في ذاته .

رابعاً — الحق الشخصي ينشئ علاقة مؤقتة ، من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٠٢ / ٤٩٠ مدني من أنه لا يجوز أن يكون إيجار المستخدمين والعملة والخدمة المنزلية إلا لأجل معين . ويجوز أن يتقيد التعهد بمدة غير محدودة كما هو الحال في عقد الوكالة والشركة ولكن يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة في الوقت اللائق (مادة ٥٢٢ / ٦٤٠ مدني) . ويجوز للشريك أن ينفصل عن الشركة بشرط ألا يكون هذا الانفصال مبنياً على غش ولا في غير الوقت اللائق (م ٤٤٥ / ٥٤٢ مدني) . كذلك نصت المادة ٣٦٢ / ٣٤٥ مدني على أن إجارة الأشياء تكون للمدة معينة . ومع أن الحق الشخصي لا يكون مؤبداً إلا أنه ليس من الضروري أن يكون لوقت معين . وحكم بأن تعهد المستشفى بتخصيص عدد من الأسرة لتمرين طلبة إحدى كليات الطب دون تحديد أجل معين هو تعهد صحيح واعتبر العقد الناشئ عن هذا التعهد من العقود غير المسماة (نقض فرنسي ٢٥ يونيو سنة ١٩٠٨ ، ١٠ ، ٨١) .

أما الحق العيني فينشئ علاقة مؤبدة تبقى على وجه الدهر .

٦ - مقارنة الحق العيني والحق الشخصي منه الوجهة العملية

أولاً — إذا أفلس تاجر يعامل كل دائنيه معاملة واحدة أساسها المساواة . فلكل دائن الحق في أن يطالب المفلس بدينه وتكون مراكمهم متساوية ولا تفضل لأحدهم على الآخر . وإذا لم تكف أموال المدين لوفاء ما عليه من الديون تنقسم أمواله قسمة غرماء أي أن أموال المدين توزع على الدائنين بنسبة ديونهم

ولكن إذا كان لأحد الدائنين حق عيني بأن كان له بضائع مودعة طرف المفلس أو كان له رهن تأميني أو حيازى فصاحب الحق العيني يفضل على غيره من الدائنين العاديين الذين يعتبرون بالنسبة له من (الغير) . وبعبارة أخرى الدائن فى الحق العيني يكون له حق امتياز بالنسبة لغيره من الدائنين ،

ثانياً — يجوز للمالك المنقول المسروق أن يطالب به السارق أو من تلقى الحيازة منه . وليس للحائز إذا كان حسن النية أن يطالب المالك بأى شيء . وله فقط أن يطالب السارق بالتعويض إذا أراد . ولا يلتزم المالك بأى شيء قبل الحائز إلا فى حالة ما إذا اشترى هذا الأخير من سوق عام أو عن يتجر فى مثل هذا الشيء وهو يعتقد ملكيته له ، ففى هذه الحالة يلزم المالك بأن يرد الى الحائز المشتري ، الثمن الذى اشترى به الشيء من البائع السارق (١٣٦/٨٧م مدنى) ويسمى هذا الحق حق التتبع . (droit de suite)

٧ — فى موضوع التعهد : يطلق موضوع التعهد على الشيء الذى يستطيع الدائن اقتضائه من المدين . وقد يكون هذا الشيء فعلاً إيجابياً fait positif كتنفيذ عمل أو دفع مبلغ من النقود . وقد يكون فعلاً سلبياً fait négatif أى تركاً كالامتناع عن فعل شيء . (بلائيول ج ٢ بند ١٥٩ وما بعده) .

الباب الأول

في نتائج التعهدات

٨ — ملاحظات : يمكن القول بوجه عام بأن نتيجة التعهد هي التزام المدين بتنفيذ موضوع التعهد . فإذا امتنع المدين باختياره عن اجراء مقتضى التعهد فيجوز للدائن أن يقهره على تنفيذ ما تعهد به بقوة القانون . وإذا تعذر التنفيذ عيناً فيجوز للدائن أن يلزمه بدفع التعويضات . وقد رأى القانون ضماناً لهذه الحقوق أن يعطى للدائن الحق في اتخاذ بعض الوسائل التي تمنع المدين من العبث بأمواله اضراراً بالدائن .

فالقانون أعطى الدائن الحقوق الآتية : — (١) طلب التنفيذ بقوة القانون (٢) طلب التعويض اذا امتنع المدين عن وفاء ما هو ملزم به (٣) حق الدائن في استعمال بعض حقوق المدين لحفظ أمواله التي هي الضمان العام للدائنين العاديين .

الفصل الأول — في التنفيذ القهرى

يجب على المدين أن يقوم بتنفيذ ما تعهد به في الميعاد وبالكيفية المتفق عليهما وإلا يعتبر مقصراً ويلزم بتعويض الضرر .

وحالة التقصير mise en demeure لا تقع بمجرد انقضاء الميعاد الذي كان يجب فيه على المدين القيام بما تعهد به . ولكنها توجد عندما يظهر الدائن رغبته للمدين في أن يقوم بتنفيذ ما تعهد به ، وذلك بأن يكلفه تكليفاً رسمياً بالوفاء (م ١٢٠ / ١٧٨ مدني) . وعدم طلب الدائن الوفاء يشعر بعدم تضرره من التأخير وأنه من أجل ذلك لا يجوز له مطالبة المدين بتعويض .

٩ - كيفية إثبات تقصير المدعى . ثبت تقصير المدعى بأحدى الطرق الآتية :

(١) الانذار Sommation وهو عبارة عن ورقة يحررها الدائن وتعلن إلى المدعى بمعرفة محضر . ولكل دائن الحق في عمل انذار إلى مدعيه . وتقوم الرسائل البرقية والخطابات في المسائل التجارية مقام الانذار (سم ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ تق ٣١ ، ١٦٥)

(٢) التنبيه Commandement وهو عبارة عن تكليف صادر من الدائن إلى المدعى بالوفاء يعلن بمعرفة محضر وهو يحصل بناء على حكم أو سند رسمي^(١) مشمول بالصيغة التنفيذية^(٢) ويكون دائماً سابقاً على الحجز بأربع وعشرين ساعة على الأقل . وإلا كان الحجز باطلا (م ١٤٠ / ٥٠٢ مرافعات) .

(٣) تكليف المدعى بالحضور أمام القضاء Citation en justice اذا رفع الدائن دعوى على المدعى فاعلان الدعوى إلى المدعى يجعله في حالة تقصير ولا نزاع في أن التنبيه أو التكليف بالحضور أوقع في نفس المدعى من الانذار . لأن الانذار قد لا يعقبه اجراء آخر .

وقد ثبت تقصير المدعى بلا حاجة إلى انذار . ويكون ذلك نتيجة الاتفاق أو بحكم القانون أو اذا كانت صفة التعهد تقتضى ذلك .

(١) المستثنيات الاتفاقية . يجوز أن يتفق الدائن مع المدعى على عدم تحرير انذار لاثبات تقصير المدعى فيكتفى باعتباره في حالة تقصير بمجرد

(١) السندات الرسمية المحررة في المحاكم المختلطة والفرعية والأهلية واجبة للتنفيذ بدون حاجة إلى استصدار حكم لها . انما يجب لامكان التنفيذ بها أن توضع عليها الصيغة التنفيذية من قلم كتاب المحكمة التي حررت بمعرفة ، يستثنى من ذلك السندات المحررة بمعرفة المحاكم الفرعية فتوضع عليها الصيغة بمعرفة المحاكم الأهلية التي يقوم محضروها بتنفيذها

(٢) ونصها « يجب على المحضرين للطلب منهم تنفيذ هذا الحكم أن يبادروا إلى تنفيذه وعلى النائب السوى ووكلائه أن يساعدوا وعلى ضباط الساكر ومأموري الضبط والربط أن يساعدوا على اجراء التنفيذ باستعمال القوة الجبرية متى طلبت المساعدة والمعاونة بصورة قانونية »

انقضاء الأجل المتفق عليه كالشرط الوارد في عقود التأمين الذي يعتبر المستامن بمقتضاه في حالة تقصير بانقضاء ميعاد دفع القسط Prime فيسقط حقه في المطالبة بمبلغ التعويض عند وقوع الفاجعة sinistre دون حاجة الى انذاره بدفع القسط المتأخر .

ويجوز أن لا يذكر شرط عدم الانذار صراحة ولكنه يفهم ضمناً . كما لو اتفق في عقد بيع بأن للمشتري الحق في أن يرفض استلام البضاعة التي تقدم له في غير الميعاد المناسب .

(ب) المستثنيات القانونية . يعتبر المدين أحياناً بحكم القانون في حالة تقصير دون حاجة الى انذاره كما لو هلك الشيء المسروق في يد السارق فيلزم برد قيمته بلا حاجة الى انذاره . وكذلك من يستولى بسوء نية على شيء مملوك للغير فيلزم برد قيمته ، اذا هلك ، مع فوائده وثمراته . والوكيل الذي يستعمل في منفعة الشخصية النقود التي استولى عليها بسبب التوكيل يلزم بفوائدها من يوم استعمالها بلا حاجة الى انذاره (م ٥٢٦ / ٦٤٦ مدني) .

(ج) المستثنيات التي ترجع الى صفة التعهد . لا محل للانذار اذا كان مشروطاً حصول الوفاء في ميعاد معين تضييع بعد انقضائه الفائدة المرجوة من الوفاء . فالوقت هنا يعتبر عنصراً من عناصر التعاقد كما لو كلفت حامياً باستئناف حكم ثم انقضى ميعاد الاستئناف دون أن يستأنف الحكم . أو اذا تعهد شخص بنقل بضاعة في سفينة معينة ثم أبحرت السفينة دون شحن البضاعة . أو اذا تعهد شخص بتوريد زهور في مهرجان أو احتفال وانقضى الميعاد دون أن يوردها . أو اذا اتفق شخص مع فرقة ممثلين على تمثيل رواية في ليلة معينة وانقضى الميعاد دون أن تحضر الفرقة . أو اذا تعهد مقاول باقامة بناء في معرض لأحد التجار ثم انتهى المعرض دون اقامته . ففي كل هذه الأحوال وما يماثلها لا حاجة الى انذار المتعهد .

كذلك لا محل لاثبات تقصير المدين إذا كان موضوع التعهد الامتناع

عن فعل شيء كما لو تعهد شخص بأن لا يقيم جداراً أو بأن لا يمثل في مسرح أو بأن لا ينشئ محلاً تجارياً في دائرة معينة ثم فعل ما تعهد بالامتناع عن فعله . ولا محل لاثبات التقصير اذا صرح المدين بعدم استطاعته تنفيذ التعهد . (سم أول يونيه سنة ١٩٢١ تق ج ٢٣ ، ٣٥٥) .

١٠ - في الآثار المترتبة على اثبات تقصير المدين : يترتب على اثبات تقصير المدين أنه (١) يلزم بتعويض الضرر الناتج عن عدم قيامه بما تعهد به (٢) يتحمل مسؤولية هلاك الشيء . (٣) يجوز للدائن أن يتحصل على إذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفاً لتعهدده وذلك مع مراعاة الامكان بحسب الأحوال ، (م ١١٧ / ١٧٤ مدني) وهو ما يسمى بالتنفيذ القهري . وسنتكلم الآن عن هذه الحالة الأخيرة . على أن نعود فيما بعد الى التكلم عن التعويض .

١١ - في التنفيذ القهري : قلنا أن الدائن له حق التنفيذ القهري . على مدينه « مع مراعاة الامكان بحسب الأحوال » ولمعرفة امكان التنفيذ من استحالة يجب النظر الى موضوع التعهد . لذلك يجب التفرقة بين الأحوال الآتية :

(١) موضوع التعهد نقود . اذا كان موضوع التعهد دفع مبلغ من النقود فمن السهل الالتجاء الى التنفيذ القهري بواسطة الحجز على أموال المدين وبيعها لتحويلها الى نقود أو بواسطة الحجز على ماله لدى الغير .

(٢) موضوع التعهد تسليم شيء معين . اذا كان موضوع التعهد تسليم شيء معين فيصير التزام المتعهد منحصراً في التسليم فقط . كما لو باع شخص منقولاً فيجب عليه التسليم . فان لم يفعل جاز حصول التسليم بالقوة بواسطة المحضرين بشرط أن لا يكون تعلق لأحد حق عيني عليه . ولذلك يجوز للوديع أن يتسلم الوديعة من الوديع ويجوز للغير أن يتسلم من المستعير موضوع

العارية . ففي هذه الأحوال يجوز للدائن أن يتسلم الوديعة والعارية بالقوة manu - militari . وقد وضع القانون اجراءات خاصة يتبناها المالك كاللحجز الاستحقاقى فيما يتعلق بالمقتولات Saisie re-vendication (م ٦٧٨/٦٧٧ مرافعات) .

(٣) موضوع التعهد عمل شيء . اذا كان موضوع التعهد عمل شيء . وامتنع المدين عن القيام بهذا العمل فالتنفيذ القهرى مستحيل . وذلك لأن في إلزام المدين بالقيام بعمل رغم ارادته منافاة للحرية الشخصية . وكل فرد له الحرية التامة في أن لا ينفذ ما تعهد به لكنه يتحمل في هذه الحالة تبعه امتناعه . وهى إلزامه بالتضمينات . على أن للدائن الحق في أن يكلف غير المدين في تنفيذ ما تعهد به على مصاريف المدين . وهذه الطريقة لا تصلح إلا اذا أمكن الغير القيام بما تعهد به المدين . فاذا كان لشخص المدين أهمية كمصور شهير لا يتأتى لغيره القيام بما تعهد به فلا تصلح هذه الطريقة . وعلى كل يجب على الدائن أن يتحصل على إذن من المحكمة لئرى اذا كانت طبيعة التعهد تسمح لغير المدين القيام به (م ١١٧/١٧٣ مدنى) .

(٤) موضوع التعهد الامتناع عن عمل شيء . وحكم هذه الحالة كالحالة السابقة أى أن المدين الذى لا يتمتع عن عمل ما تعهد بالامتناع منه يلزم بالتضمينات . انما يجوز للدائن أن يلجأ الى التنفيذ القهرى . فاذا باع شخص متجرأ fonds de commerce وتعهده بأن لا ينشئ محلا باسمه فى دائرة معينة أو اذا تعهد شخص بعدم البناء فيجوز للدائن أن يستصدر إذناً من المحكمة بخلق المحل الجديد أو بازالة البناء على مصاريف المتعهد .

١٢ - قيام الحكم مقام الوفاء : يجوز أن يقوم الحكم مقام الوفاء اذا كان الوفاء لا يتطلب من المدين القيام بعمل معين . كما لو تعهد شخص ببيع شيء وأخل بتعده فيجوز أن ينص فى الحكم على إلزام المتعهد

بتحرير عقد البيع والتوقيع عليه . فان لم يفعل فيعتبر الحكم قائماً مقام عقد البيع (سم ٩ مايو سنة ١٨٩٦ ق ج ٧ ، ٢٦٨) . وتسرى هذه القاعدة على عقد الايجار فاذا تعهد المستأجر أن يوقع على عقد الايجار ثم امتنع عن التوقيع فيجوز للبئجر أن يطلب من المحكمة الزام المستأجر بالتوقيع . فان امتنع يعتبر الحكم قائماً مقام عقد الايجار (الاستاذ قال . عقد الايجار ج ١ بند ٤٣) .

١٣ - في طرق التنفيذ : بعد هذا البيان نعود الى التنفيذ القهرى فنقول بان هناك طريقتين للتنفيذ وهما (١) الاكراه البدنى *Contrainte par corps* (٢) التنفيذ على أموال المدين (٣) وقد عمد القضاء الى تصور طريقة ثالثة لقهر المدين على قيامه بنفسه بتنفيذ تعهده وهى التأثير فى ارادته بتهديده بخسارة مالية جسيمة وهى المسماة « التهديد المالى » .

الفرع الاول - فى الاكراه البدنى

١٤ - الاكراه البدنى : حرمت القوانين المصرية الاكراه البدنى إلا فى حالتين :

الاولى : بالنسبة لدين النفقة والحضانة والرضاع والسكن إذا امتنع المدين عن الوفاء وهو قادر عليه فيحبس مدة لا تزيد على شهر . ولا يحبس إلا مرة واحدة من أجل الدين الواحد (م ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .
الثانية : بالنسبة للغرامات التى يحكم بها فى المسائل الجنائية فيحبس مدة لا تزيد على تسعين يوماً فى الجنح والجنايات (٢٦٧م - ٢٧٣ تحقيق جنابات) وكذلك بالنسبة للغرامات المحكوم بها من لجان مخالقات الرى والشياخات ولجان الجمارك بالقيود المذكورة .

وقد كان الاكراه البدنى جائزاً فى فرنسا لغاية سنة ١٨٦٧ بالنسبة للديون التجارية وبعض الديون المدنية بشرط أن يكون المدين بالغاً وبشرط أن يزيد

الدين على ٣٠٠٠ ف. لكن الدائنين كانوا يلجأون إلى حيلة لا مكان التنفيذ على جسم المدين وهي أن يحرقوا كميالة بالدين . ومعلوم أن الكميالة تعتبر دائماً من الأعمال التجارية بقطع النظر عن صفة الدين الذي ترتب على سحب الكميالة . فإذا لم يدفع المدين الموقع على الكميالة قيمتها جاز التنفيذ عليه بالحبس . وقد ترتب على ذلك أن بعض النساء كن يوقعن على الكميالة فكان نصيبهن الحبس عند عدم الوفاء . لذلك اضطر المشرع الفرنسي أن يتدخل في الأمر حماية للنساء فاعتبر التعهدات المترتبة على الكميالة ، أما بطريق القبول أو التظهير ، مدنية بالنسبة للنساء غير المحترفات بالتجارة . هذا هو سر تحريم التعامل بالكميالات على النساء . وقد أخذ المشرع المصري بهذه القاعدة في المادة ١١٤/١٠٩ تجارى .

وقد قام فريق من المفكرين يقول بضرورة الرجوع الى الاكراه البدني بسبب ما يبدو على بعض الناس من عدم الاكتراث بوفاء تعهداتهم. ويلاحظ في هذا المقام أن بعض علماء الشريعة الاسلامية كأبى حنيفة وجماعة من أهل العراق قالوا بجواز حبس المدين حتى يفي بما تعهد به الى دائتيه . وكان قدماء المصريين يعتبرون عدم الوفاء جريمة لا تغتدى الا بالنفس فقضوا على المدين بالاسترقاق يتصرف فيه المالك كيف يشاء . وقد أخرج سيزوستريس من السجون جيشاً من المدينين الذين أودعهم الدائنون فيها . ثم أبطل الاسترقاق بعد ذلك انما رؤى حثاً للدينين على الوفاء أنه لا يجوز الاقتراض الا اذا رهن المقرض في يد المقرض جثة والده محنطة طبقاً للأصول المتبعة وبأن من مات مديناً أقيمت الدعوى على جثته لكي يقضى عليها بعدم استحقاقها للدفن واقامة أى احتفال بموتها حتى يوفى الدين . وكان وقع هذا الحكم شديداً فكان الورثة يكدون لدفع دين مورثهم ليتخلصوا من العار ويدفنوا الجثة بما يليق لها من الاكرام (فتحى زغلول شرح القانون المدنى ص ٢٨١ و ٢٨٢)

الفرع الثانى - فى التنفيذ على الأموال

١٥ - **التنفيذ على الأموال** . وهو الطريقة العادية التى تمكن الدائن من الاستيلاء على حقه . ومبنى حق الدائن فى التنفيذ على أموال المدين هو أن المدين يعطى للدائن حق اقتضاء دينه من جميع أمواله ويقول المثل الفرنسى *qui s'oblige oblige le sien* أى من يتعهد بشئ فإن أمواله تتحمل هذا التعهد . ويسمى حق الدائن فى التنفيذ على أموال مدينه « حق الضمان العام *droit de gage général* » وإذا كان هذا الحق يوجد منذ اللحظة التى ينشأ فيها التعهد إلا أن هذا الحق لا يتوكد من دون فرصة تعرض لاستعماله . لذلك يظل هذا الحق بمثابة « حق احتياطي » أو بمثابة سلاح فى متناول الدائن لا يستعمله إلا فى أحوال استثنائية .

ولا يعطى حق الضمان امتيازاً للدائن . فإذا لم تكف أموال المدين لوفاء كل ما عليه خضع الدائن لقسمة الغرماء أى توزع أمواله بنسبة مالدائنين من حقوق دون نظر الى تاريخ نشوءها . وبذلك يتساوى الدين الجديد بالدين القديم .

كذلك لا يعطى حق الضمان حق التمتع ، أى أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ إلا على الأموال التى ما زالت فى ملك المدين ، وكل ما يخرج من ملكه يخرج من الضمان العام الذى يعتمد عليه الدائن . ويظل المدين متصرفاً فى شئونه . وله أن يتصرف فى أمواله . وله أن يتحمل ديوناً جديدة . ويبقى الخائزون من المدين آمنين على حقوقهم ، مطمئنين على ما فى أيديهم .

وإذا كان الأصل أن كل أموال المدين تعتبر ضامنة للوفاء وأن هذا الحق لا يقتصر على الأموال المملوكة للمدين وقت التعهد بل يشمل أيضاً الأموال التى يملكها بعد نشوء التعهد لحين الوفاء ، لا فرق فى ذلك بين منقول

وعقار، إلا أن المشرع استثنى بعض الأموال فقضى بعدم جواز الحجز عليها وهي : —

١٦ — فبما لا يجوز الحجز عليه : ١ — النفقات والمرتبات المؤقتة .
النفقة المقررة هي المبلغ الذي يحكم به على شخص لمصلحة شخص آخر تقويماً
لأودعه وسداً لحوائجه الضرورية كالنفقة التي يحكم بها للزوجة أو للأب أو
الابن الفقير . والنفقة المرتبة هي ما يلزم بها أحد الحصين لمصلحة الخصم
الآخر حتى يفصل في النزاع كالنفقة التي يحكم بها لمستحق في وقف
(م ٤٣٦ / ٤٩٨ مرافعات)

٢ — المصاريف المحكوم بها قضاء . مثل النقود التي تودع في المحكمة
على ذمة خير .

٣ — المبالغ المدونة في صندوق التوفير بالبوستة . وذلك حثاً للناس على
الادخار . ويلاحظ أن القانون قصر ما يودع من الشخص في كل سنة على
خمسین جنياً ووضع حداً أقصى للايداع فقضى بأنه لا يجوز أن يزيد على
مائة جنيه (القانون نمرة ٨ سنة ١٩٠٥) ثم رفع هذا النصاب الى خمسمائة
جنيه في سنة ١٩٣٢

٤ — ريع الموقوف على أعضاء العائلة المالكة ومرتباتهم . لم يجز القانون
الحجز على هذه الأموال الا لتسديد الأموال الأميرية . انما يجوز الحجز على
مرتبات أفراد العائلة المالكة بقدر الثلث فقط

٥ — الفراش والثياب اللازمة للدين . تقضى المادة ٤٥٤ / ١٧ مرافعات
بعدم جواز الحجز على الفراش اللازم للدين وأقاربه وأصهاره على عمود
النسب المقيمين معه في معيشة واحدة ، ولا ما عليهم من الثياب والملابس .
والمحاكم هي التي تقدر ما يلزم المدين من الفراش حسب مركزه الاجتماعي
ويلاحظ أنه يجوز الحجز على ما قد يكون في جيب المدين من نقود .

٦ — الكتب الضرورية لحرفة المدين والآلات اللازمة للصناع والمحاکم
هى التى تقدر ما هو ضرورى وما هو غير ضرورى للمدين من هذه الاشياء
٧ — ما يملكه المدين العسكرى من المهمات : وهى الملابس والأسلحة
والغذاء والفرش والآنية اللازمة لما كله المملوكة له . وتشمل كلبة عسكرى
كل رجال الجيش من ضباط وجنود .

٨ — مؤونة المدين وعائلته : وهى ما قد يوجد فى منزل المدين من غلال
ودقيق للمدين وعياله مدة شهر (م ٤٥٥ / ٥١٨ مرافعات)
٩ — ماشية المدين : يجب أن يترك للمدين بقرة واحدة (أو جاموسة)
أو ثلاثة من المعز أو النعاج بحسب اختيار المدين ان كان الحجز واقعاً على
ماشية فى حيازته ومتفعلاً بها وقت الحجز .

ويلاحظ بالنسبة للأشياء المذكورة رقم ٦ و ٧ و ٨ و ٩ أنه يجوز الحجز
عليها لتأدية ايجار مسكن أو أرض أو لايفاء دين نفقة (م ٤٥٥ / ٥١٨ مرافعات)
١٠ — سندات الدين العمومى : تقضى المادة ٩ من القانون نمرة ١٧
سنة ١٩٠٤ بأنه لا يجوز حجز سندات الدين المصرى ولا الكوبونات إلا
فى حالتى الضياع أو السرقة . والغرض من عدم جواز الحجز هو توفير
الطمأنينة لحملة السندات حتى يقبل الناس على اقتنائها . ويلاحظ أن الممنوع
هو حجز الدين أى حجز ما للمدين لدى الغير أما الحجز التنفيذى فيجوز
توقيعه اذا عثر المحضر على سندات من هذا النوع لدى المدين

١١ — الماهيات والمرتبات : لا يجوز الحجز على مرتبات موظفى
الحكومة إلا فى حالتين (١) اذا كان الدين مطلوباً للحكومة كما لو اختلس
الموظف أو أضاع شيئاً من أموال الحكومة (٢) اذا كان سبب الدين
نفقة فيجوز الحجز بشرط أن لا يتجاوز ربع المرتب
وتسرى هذه القواعد على جميع مستخدمى الحكومة والمجالس البلدية
ومجالس المديرىات (القانون نمرة ١٧ سنة ١٩١٨)

أما فيما يختص بالمستخدمين في غير المصالح الحكومية فيجوز الحجز على مرتباتهم بقدر الخمس من الثمانمائة القرش الأولى وبقدر الربع من الألفي قرش التالية وبقدر الثلث مما زاد على ذلك (م ١٤٤ / ٤٩٦ مرافعات).

١٢ — الكياليات : تقضى المادة ١٤٨ / ١٥٥ تجارى بأنه « لا تقبل المعارضة في دفع قيمة الكيالة إلا في حالة ضياعها أو تفليس حاملها ، ومعنى ذلك أنه لا يجوز لدائن الحامل أن يحجز على مقابل الوفاء الموجود تحت يد المسحوب عليه حتى لا يتعطل تداول الكياليات . ويسرى هذا الحكم على السندات الاذنية المعبرة أوراقا تجارية .

١٣ — السفن المتأهبة للسفر : (م ٢٩ بحرى) لا يجوز وضع الحجز على السفينة المتأهبة للسفر إلا اذا كان الدين متعلقاً بتجهيز السفينة أما بجوز تقديم كفيل بتلك الديون .

والملاحظ في كل هذه الاستثناءات هو إما عاطفة الشفقة على المدين حتى لا يتعرض للعراء والجوع ، وإما فكرة المحافظة على طمأنينة الموظف على مرتبه لئلا يخل الناس على الاقبال على الوظائف ، أو المحافظة على الائتمان وعدم تعطيل الأعمال التجارية .

١٧ — في الرأبوع ذوى الضمانات الخاصة . تكامناعن الضمان العام

الذى للدائن على أموال مدينه . لكن هذا الضمان قد لا يطمئن اليه الدائن . فقد يتوره نقص بسبب تصرفات أجراها المدين . وهذا النقص ايجأى أى فعلى . وقد يتوره نقص سلبى يتحمله ديوناً جديدة لذلك يجوز للدائن أن لا يكتفى بهذا الضمان بل يطلب ضماناً خاصاً كالرهن حتى يحتفظ لنفسه بحق التبع في حالة تصرف المدين في الرهن ولكى يطمئن الى عدم اشتراك الدائنين فلا يقتسموا معه أموال المدين .

١٨ - في طرق التنفيذ على الاموال : وكما يجوز التنفيذ على منقولات المدين يجوز التنفيذ على عقاره بقصد تحويلها الى نقود لدفع ما عليه من الديون . ويكون هذا بواسطة رفع دعوى نزاع ملكية . ويشترط في هذه الدعوى أن تكون مسبوبة بتنييه وهو عبارة عن اعلان السند الواجب التنفيذ الى المدين ، والتنييه عليه بالوفاء في خلال ثلاثين يوماً . ويجب تسجيل هذا التنييه في قلم كتاب المحكمة الذي يقع في دائرته العقار . وبعد ذلك يرفع الدائن دعوى نزاع الملكية بشرط أن لا تقدم عن الثلاثين يوماً ولا تتأخر عن التسعين يوماً من تاريخ التنييه .

أما القانون المختلط فلا يقضى برفع دعوى ، بل أن الدائن بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ التنييه وبشرط أن لا يتأخر عن تسعين يوماً من هذا التاريخ ، يجرى حجز العقار بواسطة محضر مصحوب بشاهدين .

وبعد الحكم بنزع الملكية أو الحجز على العقار يشرع الدائن في اتخاذ الاجراءات اللازمة لبيع العقار بالمزاد العلني . ومن يرسي عليه المزاد يتسلم حكم مرسى بالمزاد الذي تنقل به ملكية العقار . ثم يوزع الثمن بين الدائنين بالطرق القانونية .

١٩ - الملكية الزراعية الصغيرة : رأى المشرع حماية لصغار المزارعين عدم جواز التنفيذ على أملاكهم الزراعية اذا كانت بخمسة أفدنة فأقل وكذلك على المساكن وملحقاتها ودائنين من الدواب المستعملة للجر والآلات الزراعية اللازمة لتسمير الأرض . لكن المشرع أجاز التنفيذ بالنسبة للديون الآتية :-

- (١) المبالغ المستحقة للحكومة (م ٦٠١ / ٧٢٧ مدني)
- (٢) ثمن المبيع المستحق للبائع أو المبلغ المدفوع من الغير ليد البائع أداء للثمن (م ٦٠١ / ٧٢٧ مدني) .

(٣) ما يستحقه أحد المتقاسمين قبل الآخر فيما يتعلق بالعقار الذي وقعت عليه القسمة (م ٦٠٢/٧٢٨ مدني) وهو المسمى معدل القسمة .
(٤) النفقات المترتبة على الزوجية وأجرة الحضانة أو الرضاع أو السكن وكذلك ما يكون مستحقاً من المهر .

٢٠ — من الدائمه في التنفيذ على كل أموال المدين . القاعدة أن الدائن يستطيع أن ينفذ على كل أموال المدين دون أن يلتزم باتباع نظام أو ترتيب معينين . فللدائن حق الحجز على كل الأموال دفعة واحدة أو على وجه التعاقب أو يقتصر على مال دون آخر ^(١) . لكن هذه الحرية يرد عليها القيود الآتية :

(١) اذا حصل من البيع مبلغ كاف لتأدية الديون الحاصل بشأنها الحجز والمصاريف ، وجب على المحضر الامتناع عن بيع ما بقى من الأشياء المحجوزة (م ٤٧٦/٥٤٠ مرافعات) .

(٢) يجوز للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه ببيع جزء فقط من العقارات اذا رأى أن ثمن ذلك الجزء كاف لوفاء جميع دين طالب البيع وديون الدائنين الذين أعلنوا ورقة التنيه للدين والدائنين المرتهنين اذا كانت ديونهم تستحق في ظرف ستة شهور من يوم تكليف المدين بالحضور أمام المحكمة للحكم بنزع الملكية وبيع العقار (م ٥٥٧/٦٢٨ مرافعات)

ويجوز للدين أن يطالب الدائن بتعويضات بسبب اساءته استعمال حقه في التنفيذ اذا تبين أن دينه طفيفاً بالنسبة للأشياء التي حصل توقيع الحجز عليها (نقض فرنسي ، أودة العرائض ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٣ ، د ١٨٩٥ ، ١٠٥٢٩ وباريس ٢٦ يولييه سنة ١٩١٩ ، د ١٩٢٠ ، ١٠٤٠) .

(١) يجوز للدائن المرتهن لعقار أن ينفذ على غير العقار المرهون

الفرع الثالث — في نظام التنفيذ بالتهديد المالى

٢١ — تعريف : نظام التنفيذ بالتهديد المالى *Astreinte* هو طريقة لقهر المدين على أن ينفذ عيناً ما تعهد به . وصورته أن تلزم المحكمة المدين بالتنفيذ فوراً أو فى ميعاد معين . وفى حالة عدم تنفيذ أمر المحكمة يلزم بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو أسبوع أو شهر من أيام أو أسابيع أو شهور التأخير . وخوف المدين من أن يعظم هذا المبلغ يدفعه إلى المبادرة بالتنفيذ حتى لا تحل به خسائر مالية فادحة قد تتناول كل ثروته ، اذ ليس فى الوجود ثروة ، مهما عظم قدرها ، تقوى على احتمال هذا العبء المتواصل الزيادة . ولا بد ، فى يوم قريب أم بعيد ، أن يطرح المدين لدنّه جانباً ، ويلقى سلاحه ، ويسلم بما أمرت به المحكمة .

٢٢ — فى نشوء نظام التنفيذ بالتهديد . لا يعتمد هذا النظام على نصوص قانونية صريحة ولكنه من وضع القضاء الفرنسى . وقد بدأت المحاكم الفرنسية فى أوائل القرن التاسع عشر بمنح المدين أجلاً قضائياً وعند انتهاء هذا الأجل تحكم عليه بتعويضات مع الترخيص له ، إذا أراد أن يتفادها ، بوفاء تعهده بالكيفية المتفق عليها . ثم وصل القضاء التهديد المالى بالتعويضات فأباح لنفسه حق تقدير الضرر الحالى والمستقبل الذى لحق الدائن بسبب عدم الوفاء وتقديره بمبلغ معين عن كل يوم من أيام التأخير ، على أن يخفض المبلغ الكلى فى حالة عدم الوفاء اذا تبين انه مبالغ فيه . ثم تدرج القضاء فى نظام التهديد وأغرق فى تقدير التعويضات حتى استحالته الى عقوبة غير متناسبة مع الضرر وجعلها غير مقيدة بزمان بزعم أنه كلما كان التهديد جسيماً ودائماً عظم الأمل فى قيام المدين بالتنفيذ . وقد يزداد

مقدار هذا الجزء المالى اذا لم يحدث أثراً فى ارادة المدين رغم انقضاء فترة من الزمن . ثم فرقت المحاكم الفرنسية أخيراً بين التعويض والتهديد المالى . حتى انها تحكم بالاثنتين معاً فى وقت واحد . بمعنى أن التعويض يبق حقاً مكتسباً للدائن ، ويزول التهديد المالى اذا نفذ المدين الحكم فى غضون مدة معينة .

٢٣ - فى الاموال التى يسرى عليها نظام التهديد . تسرى هذه النظرية على التعهدات التى يكون موضوعها غير تقود (١) ، كالتعهد بتسليم شئ . أو رد شئ . غيبه المدين أو كتمان شركة اناة عن تقديم الكهرباء الى أحد المشتركين (٢) . كالتعهد بفعل شئ . مثل هدم حائط أو تمثيل دور فى رواية (٣) أو كالاتزام بعدم وضع عقبات تعوق استعمال حق المرور فى أرض الغير . وكالاتزامات التى يكون مصدرها ارتكاب جريمة مثل تقليد ماركة تجارية . وكالاتزامات القانونية مثل التزام أحد الخصوم برد أو تقديم مستندات أو وثائق فى حيازته (٤) .

(١) استئناف مخطط ، مجلة التمرير والقضاء ٣ ابريل سنة ١٩١٣ ج ٢٥٤ ، ٢٨٦ .
(٢) من أشهر القضايا التى فصل فيها القضاء الفرنسى دعوى أقامها صاحب فندق على شركة الكهرباء بباريس . فقد رفض الاول أن يدفع ثمن الكهرباء بحجة أنه يزيد على الثمن الواجب دفعه . تقاء هنا قطعت الشركة الكهرباء عن الفندق . وحكمت محكمة السين التجارية بالزام الشركة بتوريد الكهرباء فى مدة معينة والا التزمت بدفع ألف فرنك عن كل يوم من أيام التأخير . فلم تدعن الشركة لهذا الأمر . والتبأ صاحب الفندق مرة ثانية الى المحكمة ، وطلب الحكم على الشركة بمبلغ عشرة آلاف فرنك عن كل يوم من أيام التأخير . وحكمت له المحكمة بذلك . وأيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف ورفضت الشركة قضاء عن هذا الحكم فرفض (غرفة المرائض أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ د ٩٨٠ ، ١٠٢٨٩)

(٣) ألزمت محكمة السين الأمانة راشل المثلة الشهيرة بدفع مائتى فرنك عن كل يوم تمتنع فيه عن تمثيل دور فى رواية (محكمة السين ٢١ أكتوبر سنة ١٨٥٤ د ٥٤٠ ، ٨٠٣)
وأيدت محكمة استئناف باريس حكماً ظنياً بالزام الممثل الشهير كوكلان بأن يدفع ٥٠٠ فرنك عن كل مرة يمثل فيها فى مسرح خلاف مسرح الكوميدي فرانسيز وذلك لمدة ٣٠ يوماً (باريس ٢١ ابريل سنة ١٨٩٦ د ٩٧ ، ٢٠١٧٧)

(٤) قضى فرنسى مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ د ١٩٢٦ ، ١٠١٧١ . وطبقت

وطبقت المحاكم المصرية نظام التهديد المالى فى دعاوى الحساب المقامة على
نظار الوقف كأن تلزم الناظر بتقديم حساب فى ظرف مدة معينة مع الزامه
بدفع جنهين عن كل يوم من أيام التأخير^(١). وفى حالة اغتصاب أرض الغير
بالزام المقتصب بدفع خمسمائة قرش عن كل يوم من أيام التأخير فى تسليم
الأرض^(٢) والزام تاجر بتسليم بضاعة والزامه بدفع ألف قرش عن كل
يوم من أيام التأخير^(٣)

٢٤ — فى ضمانات نظام التهديد المالى . لا يعتبر التهديد المالى

تضمن ضرر حاصل للدائن . فهو لا يتصل بأى وجه من الوجوه بنظرية
التعويضات ولكنه بطبيعته وسيلة تهديدية يراد بها الحل على ارادة المدين
لقسره على تنفيذ ما للزام به شخصياً . يبنى على هذا أن التهديد المالى ليس
قطعياً فيجوز تناوله بالزيادة أو النقصان أو الحذف بتاتاً . وقد استقر القضاء
المصرى على هذه القاعدة^(٤) فهو نوع من الوعيد الجسم غير المتناسب مع
ما لحق الدائن من ضرر . وقد يمنح التهديد المالى بالرغم من انعدام الضرر

المحاكم الفرنسية نظام التهديد فى مسائل الأحوال الشخصية كتسليم الطفل الى من له حق
الحضانة . والزام الزوج بالعودة الى منزل الزوجية .

- (١) استئناف محكمة مصر العليا ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ مجلة الحقوق ج ٢٠ ص ١٣٣
- (٢) استئناف مخطط ١٦ يناير سنة ١٨٧٩ مجموعة رسمية مخططة ج ٤ ص ١٧
- (٣) استئناف مخطط ١٠ يناير سنة ١٩١٠ مجموعة رسمية مخططة ج ٢٤ ص ١٣٠
- (٤) استئناف مخطط مجلة التصريح والقضاء ١١ يونيو سنة ١٩١٧ ج ١٨ ص ١١٤
- ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ ج ٨ ص ٣٩ . ومحكمة استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٠٤
- مجلة المحاكم ج ١٦ ص ٣٨١ ج ١١ يونيو سنة ١٩١٧ مجموعة رسمية عدد ١١٤ السنة
- الثامنة عشرة والزقاقى الاجبائية ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ مجموعة رسمية ١٩٠٩ عدد ٩٠
- واستئناف مخطط ١٦ يناير سنة ١٨٧٩ مجموعة رسمية مخططة ج ٢ ص ١٣٠ واستئناف
- مخطط مجلة التصريح والقضاء ٧ يونيو سنة ١٩١٠ ج ١٢ ص ٣٢٠ و ١٠ يناير سنة ١٩١٠
- ج ١٣ ص ١٠٨ و ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ ج ٤١ ص ٦١ و ١٨ ابريل سنة ١٩٢٩ ج ٤١
- ص ٣٦٦ و ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ ج ٤٣ ص ١٠ و ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ ج ٤٢ ص ٣٠٩
- ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ ج ٤٤ ص ٩٦

من سلطة التشريع وأن التهديد عقوبة ، ولا عقوبة بلا نص . وأن التهديد اجراء غير قانوني ، قد يكون مفيدا من الوجهة العملية ، ولكن هذه الوجهة يجب أن يعنى بها المشرع ، ويعمل على تحقيقها من طريق التشريع كما فعل المشرع الألماني (كاتبان ج ٢ ص ٢٦) .

ونرى أن الانتقادات الموجهة الى نظام التهديد مبالغ فيها . فمن الخطأ القول بأن المحاكم ، بأخذها بنظام التهديد ، تظني على اختصاص السلطة التشريعية . لأن المحاكم عند ما تقضى بالتهديد لا تشرع بصفة عامة ولكنها تصدر أمراً ، في حالة معينة ، خاصاً بأفراد معينين . ولا يصدر هذا الأمر بصفة قطعية ، بل بصفة مؤقتة . إذ أن المحكمة تملك سحب هذا الأمر اذا نفذ المدين تعهده ، ولا تقصد المحكمة سوى منع الاضطراب الاجتماعي المترتب على عدم تنفيذ أحكامها . ومن جهة أخرى قد لا يكفي التعويض لارضاء الدائن الذي يطلب تنفيذ التعهد بذاته . وليس من المعقول أن تحول سوء نية المدين دون تنفيذ ما تعهد به ^(١) . لأن هذا يعتبر مخالفة صريحة لقانون التعاقد . وليس من المقبول القول بأن المدين يستطيع أن يهرب من تعهده لأنه غنى يستطيع أن يدفع التعويض أو أنه فقير فيكون بمنجاة من كل جزاء . من أجل ذلك عملت المحاكم على إيجاد نظام التهديد والاخذ به في الأحوال التي لا تستطيع فيها أن تفضى بالتعويض اللازم .

الفرع الرابع — في اعسار المدين

٢٦ — في تعريف الاعسار يعتبر المدين في حالة اعسار اذا صارت أمواله المنقولة والعقارية غير كافية لايفاء الدائنين ما لهم في ذمته .

(١) لا يجوز الحكم بالتهديد المالى إلا إذا تبين سوء قصد المدين . فانما استحال التنفيذ عينا يسبب بيع الشيء موضوع الاسترداد فلا محل للحكم بالتهديد المالى (استئناف مخطوط ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ مجلة التشريع والقضاء ج ٤٢ ص ٣٠٤)

٢٧ - في الفرق بين الاعسار والافلاس : الاعسار خاص بغير
التجار . أما التجار فقد وضع لهم القانون نظام الافلاس . ولم يُعن القانون
بمسائل الاعسار ، بل اكتفى ببيان بعض آثاره في مواضع متفرقة في القانون
المدنى ، لا تكفى في مجموعها لايجاد نظام يخضع له المدين المعسر . لذلك
لا يتضمن الاعسار تطبيق اجراءات خاصة بتصفية أموال المعسر بل يكفى
في تصفيتها اتباع الكيفية والقواعد التى تتبع قبل المدين الموسر . والمدين
المعسر لا ترتفع يده عن ادارة أمواله بل يظل مديراً لها ومتصرفاً فيها بعقود
التبرعات والمعاضات . ولا تكون هذه التصرفات عرضة للبطلان إلا في
الحدود الضيقة التى رسمتها الدعوى البوليسية . كما أنها تخضع للقيود المقررة
بنص القانون لأنواع الحجوزات المختلفة أثناء تدرجها وتطورها . ويحتفظ
كل دائن بإزاء مدينه المعسر بحق مقاضاته واتخاذ ما يراه من الاجراءات
للمحافظة على حقوقه والحصول على أقصى ما يمكن من الوفاء مع تحميل
الدائن تبعه ما يجريه في هذا الشأن

ولم تغب عيوب هذه الحالة عن نظر الباحثين منذ أمد مديد بسبب
قسوتها المتناهية للمدين لما يترتب عليها من تعدد القضايا ، ومبادرة الدائن
بالحصول على حكم يمكنه من الاختصاص بكل أو بعض عقارات مدينه
المعسر . ويتعذر مع هذه الحالة اجراء تسوية ودية بين المدين ودائنيه
لأن التسوية تقتضى موافقتهم الاجماعية وهى عسيرة الحصول وتفضى هذه
الحالة الى القضاء على المدين فتياع كل أمواله ولا يتبقى له شئ يعينه على
النهوض من كبوته واستعادة حياته المدنية اللاتمة به . ومن جهة أخرى يتسع
الوقت للمدين لتغيب أو تبديد صفوة أمواله . وتعدم المساواة بين
الدائنين في استيفاء حقوقهم من المدين . وإذا كان الدائن الذى يبادر بالحجز
لا يتميز على غيره من الدائنين الذين يتدخلون في اجراءات التوزيع في
الوقت المناسب إلا أنهم قد يجهلون ما حدث بسبب انعدام اجراءات الاشهار

وبسبب اهتمام كل دائن بشأن نفسه وإهماله مصير غيره . مما ينبغي عليه أن يستوفي أمر الدائنين وأسرعهم في اتخاذ الاجراءات حقوقه كاملة ، ولا يحظى أرفقهم وأقومهم أخلاقا بشئ من حقوقه

وبسبب هذه العيوب الظاهرة وضع نظام الافلاس حماية للدائنين من تدليس المدين التاجر وتحقيقا للمساواة بين الدائنين ورقا بالمدين فيسمح له بالصالح مع دائنيه محافظة على مستقبله ، وتمكيناً له من الوفاء بالتزاماته

٢٨ — في الزمان المترتبة على الاعسار : يترتب على الاعسار الآثار الآتية : —

(١) اذا بيعت أموال المدين وكان المتحصل من ثمنها أو من الحجز على ماله لدى الغير غير كاف لوفاء ديونه فيحصل التوزيع بين الدائنين وفقاً لقواعد قسمة الغرماء المبينة في قانون المرافعات في المادة ٥١٣ / ٥٧٧ وما بعدها .

(٢) تحل الديون المؤجلة وتصير مستحقة الاداء حالا (م ١٠٢ / ١٥٦ مدني) .

(٣) اذا أعسر المشتري واتفق على أجل لدفع الثمن فيجوز للبائع حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن (م ٢٨١ / ٣٥٣ مدني) .

٢٩ — هل يثبت الاعسار بحكم قضائي : حالة الاعسار ، كحالة الافلاس^(١) لا تثبت بحكم قضائي متى كانت الوقائع المكونة لها ، من الظهور والاستفاضة ، بحيث لا تحتاج الى دليل . انما اذا نازع الخصوم في

(١) يتراف القانون التجاري المصري ، خلافاً للقانون التجاري الفرنسي بالافلاس الفعلي وفي هذا تقول المادة ٢٢٤ / ٢١٥ تجاري « يجوز للمحكمة الابتدائية حال نظرها في قضية معينة ، وللمحاكم التأديبية (المصنوع الجنائية) حال نظرها في دعوى بجنحة أو بجنابة أن تنظر أيضاً بطريق فرعي في حالة الافلاس état de faillite وفي وقت وقوف الدين عن دفع ديونه اذا لم يسبق صدور حكم بإشهار الافلاس أو سبق صدوره ولم تبت المحكمة بحكم آخر وقت الوقوف عن دفع الديون »

صحة الوقائع المكونة للاعسار فلا معدى من عرض الأمر على القضاء.
الفصل في هذا النزاع. والحكم الذى يصدر فى هذه الحالة يعتبر مقررًا لحالة
موجودة من قبل لا منشأً لحالة جديدة. يترتب على ذلك أن سقوط
الأجل المبنى على اعسار المدين لا يقع بناء على حكم، بل يقع بحكم القانون.
وهو ما يترتب عليه إمكان حصول المقاصة بين المحسر ودائته عن دين فى ذمة
الآخر لم يحل أجله بعد. ولتوضيح ذلك نضرب المثل الآتى : بكر مدين
لخاله بمقتضى سند مستحق الوفاء بعد ثلاثة شهور. ثم اشترى خاله بضاعة
من بكر بقيمة هذا السند. فاذا أعسر بكر استطاع خاله أن يحتج عليه بسقوط
الأجل الممنوح له. ويصير دينه حالاً وتقع المقاصة بما يوازى ثمن البضاعة
التي اشتراها.

الفصل الثانى - فى التعويضات

٣٠ - تعريف وتقسيم : التعويض هو المال الذى يجب دفعه لمن وقع
عليه ضرر من كان سبباً فيه وينشأ الضرر فى المعاملات من عدم الوفاء
بالتعهد كله أو بعضه أو من تأخيره عن الأجل المتفق عليه. فالتعويض فى
التعهدات نوعان (١) تعويض عدم الوفاء (٢) وتعويض التأخير

(١) تعويض عدم الوفاء . هو مقدار النقود التى تقدر بها مصلحة الدائن
فى وفاء التعهد. أو هو المبلغ الذى يستولى عليه الدائن الآن بسبب عدم تنفيذ
التعهد فالدائن يحصل على القيمة النقدية للوفاء بدل حصول الوفاء بالذات
(٢) تعويض التأخير . هو مقدار النقود التى يقدر بها الضرر الذى أصاب
الدائن بسبب التأخير فى الوفاء

وتظهر فائدة هذه التفرقة عند ما يكون موضوع التعهد مبلغاً من النقود
فلا يستحق الدائن إلا تعويض التأخير. وتغادياً من تقدير مبلغ الضرر فى
كل حالة يتأخر فيها المدين عن الوفاء وما فى ذلك من صعوبة وضع القانون

قواعد عامة لتقدير هذا التعويض وهي القوائد القانونية التي يستحقها الدائن في حالة التأخير. فإذا كان موضوع التعهد شيئاً خلاف ذلك فيكون التعويض عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الربح بشرط أن يكون ذلك ناشئاً عن عدم الوفاء مباشرة وأن يكون الضرر متوقع الحصول عقلاً وقت التعاقد.

الفرع الأول — في شروط استحقاق التعويض

٣١ — في شروط التعويضهم: لا يستحق التعويض الا اذا توافر شرطان بوجه عام وهما: —

أولاً — أن يلحق الدائن ضرراً من عدم الوفاء.

ثانياً — أن يكون عدم الوفاء منسوباً إلى فعل المدين أو خطئه. زائداً إلى هذا أنه لا تستحق التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل أو بجزء المتعهد به أو التعويضات المترتبة على تأخير المدين الا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً. وبعبارة أخرى يجب ثبوت تقصير المدين (١٢٠م/١٧٨م) ولتتكمم أولاً عن الشرط الأخير.

٣٢ — في ثبوت تقصير المدين (١) اذا رفض المدين من تلقاء نفسه أن ينفذ التعهد فلا تستحق التضمينات الا اذا كلف بالوفاء تكليفاً رسمياً^(١) لكي يفهم المدين أن الدائن لا يرضى بهذا التأخير. لكن اذا كان عدم الوفاء بسبب خطأ المدين أو اذا اشترط في العقد عدم حصول التكليف فلا داعي للتكليف الرسمي بالتنفيذ.

٣٣ — ومبوء ضرر (١) لا يستطيع الدائن أن يحصل على تعويض اذا لم يلحقه ضرر من عدم الوفاء أو التأخير، ولأنه بدون هذا الشرط لا يكون

له حق رفع الدعوى Sans intérêt و pas d'action

وقد أشار القانون الى التعويض في المواد ١٢١ و ١٢٢ / ١٧٩ و ١٨٠ م فقال
« التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه
من الكسب بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء .

» ومع ذلك اذا كان عدم الوفاء ليس ناشئاً عن تدليس من المدين فلا
يكون ملزماً الا بما كان متوقع الحصول عقلاً وقت التعاقد ، لذلك يكون
التعويض عبارة (١) عما أصاب الدائن من الخسارة *porte faite; damnum*

emergens (٢) وما فاته من الربح *gain manqué; lucrum cessans*

واذا كان للدائن حق الحصول على ما فاته من الربح وما أصابه من الخسارة
الا أن هذا الحق يرد عليه ثلاثة قيود وهى (١) لا يلزم المدين الا بتعويض
الضرر المتوقع الحصول عقلاً وقت التعاقد يستثنى من ذلك حالة التدليس
حيث يلزم فيها بتعويض الضرر غير المتوقع الحصول (٢) لا يسأل المدين
في جميع الأحوال إلا عن الضرر المباشر المتأتى من عدم الوفاء (٣) لا يلزم
المدين في الاصل الا بتعويض الضرر الحال (٤) قد يحدد المتعاقدون سلفاً
مقدار التعويض وهو ما يسمى « الشرط الجزائى » .

٣٤ — فى الضرر المباشر : تقول المادة ١٢١ / ١٧٩ م بأن التعويض

لا يستحق الا عن الضرر الناشئ مباشرة عن عدم الوفاء . فاذا كانت الخسارة
التي حلت بالدائن غير متصلة بطبيعتها بفعل المدين بل ترجع الى أسباب أخرى
فلا يسأل المدين عنها . مثلاً . باع تاجر بقرة مصابة بالطاعون مع علمه بذلك
ثم وضعها المشتري مع ماشيته فسرت اليها العدوى ونفقت . فالبايع يتحمل
نتيجة هذا العمل ويلزم بتعويض الضرر وهو ثمن الماشية النافقة . ولكن اذا
لم يزرع المشتري أرضه بسبب عدم وجود ماشية لديه ولم يستطع أن يوفى
ما عليه من الديون ثم زعت ملكية أرضه وبيعت بالمزاد العلني بثمن بخس
ثم ضاقت في وجهه السبل وآثر الموت على الحياة واتحرف فكل هذه الأشياء

لا تعتبر نتائج مباشرة لبيع البقرة الموبوءة . كذلك إذا لم يقيم مؤجر منزل بما تعهد به قبل المستأجر فاضطر هذا الأخير أن يقيم في منزل آخر . فيلزم المؤجر بتحمل نفقات نقل الأثاث ، لأن نفقة النقل هي نتيجة مباشرة لاخلال المؤجر بتعهده . ولكن إذا سكن المستأجر في منزل تبين أنه موبوء بالجدرى وتوفي ابنه بهذا المرض فلا يعتبر ذلك نتيجة مباشرة لاخلال المؤجر بتعهده .

٣٥ - في الضرر المتوقع الحصول وقت التعاقد : على أن القانون عمل على حماية المدين الحسن النية فقضى بأنه لا يلزم دائماً بتعويض الضرر المباشر بل يلزم بتعويض الضرر المتوقع الحصول عقلاً وقت التعاقد^(١) (م ١٢٢/١٨٠) ويلاحظ أن كلمة تدليس الواردة في المادة ليس معناها الطرق الاحتيالية بل معناها سوء النية (أما إذا كان المدين سيئ النية فهو يتحمل كل النتائج المباشرة التي تترتب على عمله الاختياري حتى لو كانت هذه النتائج غير منظورة أى غير متوقعة الحصول وقت التعاقد . فالمدين السيئ النية أى الذى يتعمد إلحاق الضرر بالغير بارتكاب جريمة أو جنحة أو شبه جنحة يعامله القانون بشدة ويحمله النتيجة المباشرة لفعله ولنورد الآن بعض الأمثلة : —
تعهد بكر بتوريد بضاعة الى خالد واتفقا على شرط جزائى فى حالة التأخير ثم اتفق بكر مع زيد على توريد هذه البضاعة دون أن يخطر هذا الأخير بالشرط الجزائى ولم يقم زيد بوفاء ما تعهد به . فلا يستطيع بكر فى هذه الحالة أن يطالب زيدا بقيمة الشرط الذى يجب عليه أن يدفعه الى خالد (د ، ٩٤ ، ٣٩٥ ، ١) .

تأخر أمين نقل فى نقل بضاعة وبسبب هذا التأخير فسخ العقد المبرم بين المرسل والمرسل اليه . فلا يعتبر أمين النقل مسئولاً عن نتيجة فسخ العقد . (د ، ١٩١١ ، ٢٠٨) .

(١) سم ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ ق ج ٣٦ ، ١٤٠ وسم ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ ق ج

ضاعت حقيقة من أمين نقل كان بها مسودة كتاب كان يرجو مؤلفه من ورائه رجاء طائلاً فلا يلزم أمين النقل بتعويض هذا الضرر بل يلزم بدفع ثمن ما يوضع عادة في حقائب المسافرين من طبقة صاحب الحقيقة .

٣٦ - في الضرر الحال أو المستقبل : لا يكون التعويض إلا عن ضرر فعلي لحق الدائن ولا يستطيع القاضى أن يمنح تعويضاً عن ضرر احتمالي أو فرضي (نقض فرنسي ١٥ مارس سنة ١٨٩٢ د ١٨٩٢ ، ١ ، ٣٠٣) إلا أنه من جهة أخرى يجوز للقاضى أن يمنح تعويضاً عن ضرر مستقبل اذا توافر شرطان أولهما امكان التحقق سلفاً من وقوع ضرر مستقبل . والثاني استجماع القاضى العناصر التي تملئ منه من تقدير التعويض . وبهذه الكيفية يراعى المستقبل بالقدر الذى تسمح به عناصر التقدير التي يملكها القاضى . والقول بخلاف ذلك يلزم الدائن بتجديد دعواه في أوقات متقاربة للحصول على تعويض عن الفترات السابقة . وفي هذا من الظلم والسخف ما لا يخفى .

٣٧ - في الشرط الجزائى Clause pénale يتفق العاقدان أحياناً على مقدار التعويض في حالة عدم الوفاء أو في حالة التأخير في الوفاء وذلك بأن يعينا في العقد مقدار التعويض وهو ما يسمى بالشرط الجزائى ، وهذا الشرط ذائع الاستعمال حيث تضعه شركات النقل ومصلحة السكة الحديد ومصلحة البريد في عقودها لتقدير مقدار التعويض سلفاً في حالة ضياع البضاعة أو الطرود أو الرسائل . وتنص اللوائح التي يضعها أرباب الأعمال لتنظيم العمل في مصانعهم ومتاجرهم على توقيع غرامات مالية على العمال في حالة مخالفتهم لنصوص هذه اللوائح . وكذلك تنص عقود التوريد وعقود مقاولات المباني على دفع مبلغ معين من النقود عن كل يوم من أيام التأخير في التسليم أو في الوفاء . وقد أشار القانون المدني الى الشرط الجزائى في المادة ١٢٣/١٨١ فقال : اذا كان مقدار التضمن في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثره . وأشارت المادة ٩٨/١٥٢

الى الشرط الجزائي فقالت « اذا كان التعهد بشيء معين مقرر حكمه في القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للتعهد عند عدم وفائه بشيء متعهد به في الأصل كان الخيار للتعهد اليه في طلب وفاء التعهد الأصلي أو التعهد الجزائي بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً ، والظاهر أن القانون المصري أراد أن يعتبر التعهد المقترن بشرط جزائي تعهداً تخييرياً alternative وهذا غير صحيح لأن المدين ليس له الخيار بين تنفيذ التعهد أو دفع التعويض ، اذ يجوز الزام المدين بتنفيذ التعهد اذا كان التنفيذ ممكناً . كذلك لا يعتبر هذا التعهد تخييرياً بالنسبة للدائن لأنه لا يستطيع أن يطالب المدين بالجزاء إلا اذا لم يقم المدين بتنفيذ التعهد الأصلي . وليس الجزاء المتفق عليه الا أسوأ سبيل pis aller يسلكها الدائن الذي لم يحصل على وفاء التعهد الأصلي (بلانيول ج ٢ بند ٢٥٩)

٣٨ - في فائفة الشرط الجزائي . يفيد الشرط الجزائي في تحقيق الاغراض الآتية :

١ - ازالة كل صعوبة بالنسبة لتقدير مقدار الضرر الذي أصاب الدائن بسبب عدم الوفاء أو التأخير في الوفاء .

ب - يمنع من التقاضي أو على الأقل يمنع من تعيين آل خبرة

ج - قد يعطى الشرط الجزائي الى شخص حق المطالبة بتعويض كان يتعذر عليه المطالبة به لو لم يوجد هذا الشرط . فمن يتعاقد باسم الغير لا يرتبط شخصياً بشيء ما قبل من تعاقد معه . فاذا أخفق الطرف الأول في الحصول على موافقة من تعاقد باسمه فلا سبيل للطرف الثاني عليه . ولكن اذا اتفق على تعويض يدفع في حالة عدم حصوله على قبول الغير فيجوز المطالبة بهذا التعويض عند عدم قبول الغير .

٣٩ - في شروط استحقاق الشرط الجزائي . بما أن مقدار التعويض المتفق عليه جاء بدلا عن التعويض الذي كان يحكم به عند التقاضي فالدائن

لا يستحق هذا التعويض الا اذا توافرت الشروط الواجب توافرها عند طلب التعويض وهي ثبوت تقصير المدين ووجود ضرر وأن يكون عدم التنفيذ بفعل المدين أو بخطئه الا اذا كان اتفق على تحمل المدين خطر الحوادث القهرية

وموجود ضرر. هل يجوز البحث فيما اذا كان الدائن قد أصابه ضرر من عدم قيام المدين بوفاء تعهده أو بسبب تأخيره في الوفاء؟ أن وجود الضرر الفعلي شرط أساسي لاستحقاق مقدار التعويض المتفق عليه. لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر لحق الدائن^(١). أما تحديد التعويض سلفاً فالغرض منه تلافي ما قد ينجم فيما بعد من الصعاب عند تقدير هذا التعويض وقد أخذت بهذا الرأي دوائر محكمة الاستئناف الأهلية مجتمعة في حكمها الصادر في ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ حيث قالت: ان وجود الضرر الفعلي شرط واجب لاستحقاق التعويض، ولكن الرأي الراجح في فرنسا قضاء وعلماً هو أن التعويض يستحق ولو لم يلحق الدائن ضرر من عدم الوفاء أو التأخير في الوفاء (أو برى وروج ٤ بند ٢٠٩ وبلانيول ج ٢ بند ٢٥٥ وكابتان ج ٢ ص ٧٥ وبودرى ج ٢ بند ١٣٧٣)

٤٠ — تعديل مقرر التعويض. هل يعتبر الشرط الجزائي قانون المتعاقدين بمعنى أن المحكمة لا تملك تعديله بل تحكم به متى ثبت لها أن المدين لم ينفذ ما تعهد به؟ تقول المادة ١٢٣ / ١٨١ مدني بأنه اذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر. ومع أن عبارة القانون صريحة إلا أن المحاكم قضت بأنه اذا ثبت للمحكمة أن مقدار التعويض المتفق عليه بين المتعاقدين

(١) سم ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ تق ٣٥، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٢٣، ١٤٢٤، ١٤٢٥، ١٤٢٦، ١٤٢٧، ١٤٢٨، ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٢، ١٤٣٣، ١٤٣٤، ١٤٣٥، ١٤٣٦، ١٤٣٧، ١٤٣٨، ١٤٣٩، ١٤٤٠، ١٤٤١، ١٤٤٢، ١٤٤٣، ١٤٤٤، ١٤٤٥، ١٤٤٦، ١٤٤٧، ١٤٤٨، ١٤٤٩، ١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٢، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ١٤٥٦، ١٤٥٧، ١٤٥٨، ١٤٥٩، ١٤٦٠، ١٤٦١، ١٤٦٢، ١٤٦٣، ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٦٦، ١٤٦٧، ١٤٦٨، ١٤٦٩، ١٤٧٠، ١٤٧١، ١٤٧٢، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٧٦، ١٤٧٧، ١٤٧٨، ١٤٧٩، ١٤٨٠، ١٤٨١، ١٤٨٢، ١٤٨٣، ١٤٨٤، ١٤٨٥، ١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٨، ١٤٨٩، ١٤٩٠، ١٤٩١، ١٤٩٢، ١٤٩٣، ١٤٩٤، ١٤٩٥، ١٤٩٦، ١٤٩٧، ١٤٩٨، ١٤٩٩، ١٥٠٠، ١٥٠١، ١٥٠٢، ١٥٠٣، ١٥٠٤، ١٥٠٥، ١٥٠٦، ١٥٠٧، ١٥٠٨، ١٥٠٩، ١٥١٠، ١٥١١، ١٥١٢، ١٥١٣، ١٥١٤، ١٥١٥، ١٥١٦، ١٥١٧، ١٥١٨، ١٥١٩، ١٥٢٠، ١٥٢١، ١٥٢٢، ١٥٢٣، ١٥٢٤، ١٥٢٥، ١٥٢٦، ١٥٢٧، ١٥٢٨، ١٥٢٩، ١٥٣٠، ١٥٣١، ١٥٣٢، ١٥٣٣، ١٥٣٤، ١٥٣٥، ١٥٣٦، ١٥٣٧، ١٥٣٨، ١٥٣٩، ١٥٤٠، ١٥٤١، ١٥٤٢، ١٥٤٣، ١٥٤٤، ١٥٤٥، ١٥٤٦، ١٥٤٧، ١٥٤٨، ١٥٤٩، ١٥٥٠، ١٥٥١، ١٥٥٢، ١٥٥٣، ١٥٥٤، ١٥٥٥، ١٥٥٦، ١٥٥٧، ١٥٥٨، ١٥٥٩، ١٥٦٠، ١٥٦١، ١٥٦٢، ١٥٦٣، ١٥٦٤، ١٥٦٥، ١٥٦٦، ١٥٦٧، ١٥٦٨، ١٥٦٩، ١٥٧٠، ١٥٧١، ١٥٧٢، ١٥٧٣، ١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦، ١٥٧٧، ١٥٧٨، ١٥٧٩، ١٥٨٠، ١٥٨١، ١٥٨٢، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦، ١٥٨٧، ١٥٨٨، ١٥٨٩، ١٥٩٠، ١٥٩١، ١٥٩٢، ١٥٩٣، ١٥٩٤، ١٥٩٥، ١٥٩٦، ١٥٩٧، ١٥٩٨، ١٥٩٩، ١٦٠٠، ١٦٠١، ١٦٠٢، ١٦٠٣، ١٦٠٤، ١٦٠٥، ١٦٠٦، ١٦٠٧، ١٦٠٨، ١٦٠٩، ١٦١٠، ١٦١١، ١٦١٢، ١٦١٣، ١٦١٤، ١٦١٥، ١٦١٦، ١٦١٧، ١٦١٨، ١٦١٩، ١٦٢٠، ١٦٢١، ١٦٢٢، ١٦٢٣، ١٦٢٤، ١٦٢٥، ١٦٢٦، ١٦٢٧، ١٦٢٨، ١٦٢٩، ١٦٣٠، ١٦٣١، ١٦٣٢، ١٦٣٣، ١٦٣٤، ١٦٣٥، ١٦٣٦، ١٦٣٧، ١٦٣٨، ١٦٣٩، ١٦٤٠، ١٦٤١، ١٦٤٢، ١٦٤٣، ١٦٤٤، ١٦٤٥، ١٦٤٦، ١٦٤٧، ١٦٤٨، ١٦٤٩، ١٦٥٠، ١٦٥١، ١٦٥٢، ١٦٥٣، ١٦٥٤، ١٦٥٥، ١٦٥٦، ١٦٥٧، ١٦٥٨، ١٦٥٩، ١٦٦٠، ١٦٦١، ١٦٦٢، ١٦٦٣، ١٦٦٤، ١٦٦٥، ١٦٦٦، ١٦٦٧، ١٦٦٨، ١٦٦٩، ١٦٧٠، ١٦٧١، ١٦٧٢، ١٦٧٣، ١٦٧٤، ١٦٧٥، ١٦٧٦، ١٦٧٧، ١٦٧٨، ١٦٧٩، ١٦٨٠، ١٦٨١، ١٦٨٢، ١٦٨٣، ١٦٨٤، ١٦٨٥، ١٦٨٦، ١٦٨٧، ١٦٨٨، ١٦٨٩، ١٦٩٠، ١٦٩١، ١٦٩٢، ١٦٩٣، ١٦٩٤، ١٦٩٥، ١٦٩٦، ١٦٩٧، ١٦٩٨، ١٦٩٩، ١٧٠٠، ١٧٠١، ١٧٠٢، ١٧٠٣، ١٧٠٤، ١٧٠٥، ١٧٠٦، ١٧٠٧، ١٧٠٨، ١٧٠٩، ١٧١٠، ١٧١١، ١٧١٢، ١٧١٣، ١٧١٤، ١٧١٥، ١٧١٦، ١٧١٧، ١٧١٨، ١٧١٩، ١٧٢٠، ١٧٢١، ١٧٢٢، ١٧٢٣، ١٧٢٤، ١٧٢٥، ١٧٢٦، ١٧٢٧، ١٧٢٨، ١٧٢٩، ١٧٣٠، ١٧٣١، ١٧٣٢، ١٧٣٣، ١٧٣٤، ١٧٣٥، ١٧٣٦، ١٧٣٧، ١٧٣٨، ١٧٣٩، ١٧٤٠، ١٧٤١، ١٧٤٢، ١٧٤٣، ١٧٤٤، ١٧٤٥، ١٧

جائر وغير معقول وغير متناسب بالمرة مع الضرر الذى حصل. فعلا للمتعهد اليه بسبب عدم الوفاء، أى اذا ثبت لها أن الشرط الجزائى شرط تهديدى فقط، فى هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تعدل مقدار هذا التعويض وتقديره حسب ما يظهر لها من ظروف ووقائع الدعوى المطروحة أمامها (دوائر محكمة الاستئناف الأهلية مجتمعة ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦^(١)) ولكن المحاكم المختلطة استقرت أخيراً على أنه اذا لحق الدائن ضرر فلا يجوز للمحاكم أن تحكم بأقل من الشرط الجزائى المتفق عليه (سم الدوائر المجتمعة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ تق ج ١٤٥، ٣٤)

وتملك المحاكم تعديل الشرط الجزائى فى الأحوال الآتية : —

(١) إذا كان موضوع التعهد دفع مبلغ من النقود فلا يجوز الاتفاق على شرط جزائى يزيد على المائة تسعة فاذا اتفق على خلاف ذلك وجب تعديله إلى ٩ ٪ (م ١٢٥ / ١٨٥ مدنى)

(٢) إذا تعمد المدين عدم الوفاء أو إذا ارتكب غشاً فيجوز تعديل الشرط الجزائى الى أكثر . وذلك لأنه مما يخالف النظام العام أن يستطيع المدين فى نظير تعويض طفيف يتفق عليه سلفاً أن يتصل من النتائج المترتبة على عدم الوفاء (م ١٢٢ / ١٨٠ مدنى) ويعتبر الخطأ الجسيم فى حكم الغش وحكم بأنه اذا اشترط فى عقد النقل البحرى دفع مبلغ معين فى حالة ضياع البضاعة فان هذا التحديد لا يرفع مسئولية الناقل بسبب خطئه الجسيم (سم ١٠ فبراير سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية المختلطة ج ١١، ٩٢) .

(٣) إذا قام المدين بالوفاء بصفة جزئية فيجوز للمحاكم أن تحكم بتخفيض الشرط الجزائى (سم ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ج ١٨، ١٤ وتق ١٧ ابريل سنة ١٩١٢ ج ٢٤، ٢٨٣ وسم ٩ فبراير سنة ١٩٢٢)

(١) مجموعة أحكام الدوائر المجتمعة ص ٥٨ المطبعة الاميرية سنة ١٩٢٨

تق ج ٣٤، ١٥٥) إنما يشترط في هذه الحالة توافر الشروط الاتية: —

١ — أن يقبل الدائن هذا الوفاء الجزئي (م ١٦٨ / ٢٣١ مدني).
ب — أن يكون الوفاء الجزائي في مصلحة الدائن وإلا فلا محل لتخفيض
الجزاء، فإذا تعهد رسام أن يرسم صورة واتفق على جزاء في حالة عدم الوفاء
ورسم الرسام نصف الصورة فقط فيلزم بدفع كل التعويض لأن الوفاء
الجزئي لا يفيد الدائن مطلقاً.

ويكون تخفيض الجزاء بنسبة العمل الذي قام به المدين فإذا قام بنصف
العمل وكان مفيداً خفض التعويض المتفق عليه بمقدار النصف.

ج — لا يجوز الاتفاق سلفاً في عقود استئجار الأشخاص على عدم
استحقاق تعويض في حالة الفسخ. واعتبرت المحاكم المختلطة أن هذا الاتفاق
غالب للنظام العام (سم ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ تق ج ٣١، ١٦٧)

٤١ — **عدم التنفيذ بفعل المدين أو خطئه**. (٣) لا يكفي أن يكون
هناك ضرر أصاب الدائن لأجل أن يستحق التعويض بل يجب أن يكون
عدم الوفاء منسوباً إلى المدين فإذا منع المدين عن الوفاء بمحادث قهرى زالت
مسئوليته.

وفيما عدا هذه الحالة يعتبر عدم الوفاء منسوباً إلى المدين إما نتيجة غشه
أو خطئه

٤٢ — **في القسم**. والمقصود بالغش هنا هو تعمد المدين عدم الوفاء
فأساسه نية فاعله، وسوء النية يظهر دائماً بجلاء. والمدين الذي يثبت قبله
سوء النية يكون مسئولاً عن تعويض الضرر المباشر الناتج عن عدم قيامه بما
تعهد به.

٤٣ — **في الخطأ**. أما الخطأ فهو لا يظهر بهذه السهولة بل يحتاج إلى
تقدير دقيق. لأن ما يمكن اعتباره خطأ يختلف باختلاف مهارة الناس وتفاوتهم
في العناية بما يعهد إليهم من الأعمال. ولذلك كان يقسم المتقدمون من علماء

القانون الخطأ إلى ثلاثة أنواع وهي :-

(١) الخطأ الجسيم *faute lourde* وهو الذى لا يرتكبه أقل الناس اهتماماً .

بشئونه الخاصة *culpa lata*

(٢) الخطأ الطفيف *faute légère* وهو الخطأ الذى يرتكبه الفرد .

العادى عند قيامه بشئونه الخاصة *culpa levis* .

(٣) الخطأ التافه *faute très légère* وهو الذى قد يقع من كان

حريصاً على شئونه ساهراً على مصالحه *levissima culpa*

وكانوا يعتبرون المدين مسئولاً عن الخطأ الجسيم اذا كان التعهد فى مصلحة الدائن فقط كالوكيل بلا أجره . فاذا كان التعهد فى مصلحة الدائن والمدين معاً يكون المدين مسئولاً عن خطئه الطفيف كالأجرة والبيع . واذا كان التعهد فى مصلحة المدين فقط فهو يسأل عن الخطأ التافه كإعارة الاستعمال

وقد أخذ بوتييه Pothier بهذه النظرية . وقد كانت محل انتقاد كثير من علماء القانون حتى وصفها بعضهم بأنها « تضلل كل من يسترشد بها » لذلك لم يأخذ القانون الفرنسى بهذه النظرية وقرر فى المادة ١١٣٧ بأن المدين يسأل عن الخطأ الذى لا يقع من شخص ذى عائلة يرعى مصلحة عائلته (سم ٤ مايو سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ و ٢٨١) . *un bon père de famille* والمقصود هو الشخص ذو الذكاء العادى الذى لا يتجاوز الحد فى رعاية شئونه فلا يفرط ولا يقر كل التقدير بل يسلك سبيلاً وسطاً فى إدارة أمواله ^(١) . ولا ينظر فى تقدير الخطأ الى كون التعهد فى مصلحة أحد المتعاقدين أو فى مصلحةهما

(١) حكم تطبيقاً لهذه القاعدة بأنه اذا كان من المألوف بيع الفطن تحت القطع فان معظم البيوع تحصل وقت جنى الفطن بالمر السائد فى السوق . ورب العائلة الرصين لا يسد الى الطريقة الأولى لانطوائها على المضاربة التى لا تخلو من أخطار بسبب هزبات الاسعار مما قد يترتب عليه خسارة جسيمة أو ربح باهظ (سم ٤ مايو سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ و ٢٨١)

سواءً بل ينظر فيما إذا كان سلوك المدين في تنفيذ التعهد هو مسلك الرجل الحسن التصرف أم لا . لذلك لا يسأل المدين عن الخطأ التافه إلا في حالة ارتكابه جريمة .

بعد أن قرر المشرع الفرنسي هذه القاعدة الأساسية أتى ببعض استثناءات تم عن تأثره بالنظرية القديمة وتدل على أنه يرى صحة تقسيم الخطأ الى مراتب ودرجات .

وليس للمادة ١١٣٧ مقابل في القانون المصرى . الا أن المشرع المصرى حذا حذو المشرع الفرنسى في باب الاستثناءات فدل بذلك أنه يرى صحة تقسيم الخطأ الى درجات . أما الاستثناءات الواردة في القانون المصرى فهى : -

(١) الوديعة . تقضى المادة ٤٨٥/٥٩٢م بأن « حافظ الوديعة مسؤول عما يقع منه في شأنها من التقصير الجسيم » ، وتقضى المادة ٤٨٩/٥٩٨م بأن « حافظ الوديعة الذى يأخذ أجره بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين نقل أو نحوهما ضامن لهلاك الوديعة إلا إذا أثبت أن الهلاك حصل بسبب قوة قاهرة » أى أن الوديع إذا كان يستولى على أجره يسأل عن خطئه الطفيف .

(٢) الوكالة . تقضى المادة ٥٢١/٦٣٨ و ٦٣٩م بأن « الوكيل مسؤول عن تقصيره الجسيم وعن عدم وفائه التوكيل باختياره وهو مسؤول أيضاً عن تقصيره اليسير إذا كان له أجره متفق عليها » .

(٣) عارية الاستعمال . تقول المادة ٥٦٨/٥٦٩م بأن « المستعير ضامن لضیاع الشيء المستعار أو نقصان قيمته الحاصل بتقصيره ولو كان التقصير يسيراً ، وعلى كل فالمرجع في تقدير مسؤولية المدين الى تقدير المحاكم .

٤٤ - فى المواد الثميرية : قلنا أن المدين لا يلزم بالتعويض إذا كان

عدم الوفاء أو التأخير يرجع الى حادثة قهرية . والحوادث القهرية تشمل العوارض والقوة القاهرة التي تمنع المدين عن الوفاء وهي المعبر عنها *cas fortuit* و *force majeure* وقد سوى القانون في ترتيب المسؤولية بين العوارض وأحوال القوة القاهرة . ومن العسير أن نفرق تماماً بين العوارض والقوة القاهرة لذلك سنطلق عليها الحوادث القهرية ^(١) .

ويشترط في الحادث القهري المبرر لزمة المدين من التعويض ، توافق الشروط الآتية : —

(١) أن لا يكون منسوباً الى المدين (٢) أن يكون غير متوقع الحصول (٣) أن يكون من المستحيل منع وقوعه . ولنتكلم الآن عن كل شرط من هذه الشروط

أولاً : يجب أن لا يكون الحادث منسوباً إلى فعل المدين . فاذا وقع الحادث القهري بناء على طلبه أو بفعله فلا تبرأ ذمته من المسؤولية . فرب العمل الذي يترتب على سوء معاملته للعمال اضرابهم لا يستطيع أن يعتبر الاضراب قوة قاهرة كذلك الافلاس لا يعتبر قوة قاهرة لذلك لا يستطيع المدين أن يتصل من المسؤولية بسبب افلاسه . وذلك لأن الافلاس ليس في ذاته قوة قاهرة بل هو في الغالب نتيجة سوء تصرف التاجر . وقد كان في مقدوره أن لا يجلب على نفسه الافلاس لو أنه أحسن التصرف

ثانياً : يجب أن يكون الحادث غير متوقع الحصول . فاذا كان في الاستطاعة التنبؤ به فلا يعتبر حادثاً قهرياً لأن المدين في هذه الحالة كان في مقدوره أن يتخذ ما يلزم من الوسائل لتلافي حصول هذا الحادث . وقد اعتبرت المحاكم الفرنسية أن مرض المدين لا يعتبر حادثاً قهرياً في التعهدات التي يكون

(١) عرف الاستاذ جوسران القوة القاهرة بأنها الحادث الذي يقع فجأة ، النبت من الخارج فيقتحم دائرة التعاقد (ويسمى بعض علماء الفرسعة الجائحة) وعرف الحادث العرضي بأنه الحادث النبت من داخل الدائرة *entreprise* في داخل دائرة التعاقد (ج ٢ بند ٥١٤ و ٦١٤)

موضوعها دفع مبلغ من النقود . وذلك لأن المرض هو من الأشياء المتوقعة
الحصول (د، ١٩١٢، ١٠، ١٨١) وحدث في فرنسا أن شركة كهرباء للأنارة
وضعت في عقودها أنها غير مسئولة عن انقطاع النور بسبب القوة القاهرة ،
ثم قام مَقول سكة حديد ببعض أعمال على مقربة من أسلاك شركة الأنارة
ترتب عليها انقطاع الأسلاك . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسئولية
الشركة وذلك لأن أعمال السكة الحديد كانت متوقعة الحصول منذ زمن بعيد
وأن الشركة تعلم ذلك . وتعلم أن هذه الأعمال تقتضى تغيير موضع الأسلاك
فكان يجب عليها أن تتخذ ما يلزم من الاحتياطات لمنع انقطاع النور وهو ما لم
تفعله الشركة (د، ١٩٠٣، ١٠، ٣٤٧)

ثالثاً : لا تبرأ ذمة المدين إلا إذا كان الحادث القهرى بطبيعته يمنع تنفيذ
التعهد (سم ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤، ٢٧٩) . فلا يكفي أن يكون
الحادث من شأنه أن يجعل التنفيذ عسيراً (سم ٧ مايو سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣،
٣٠٨) أو يحمل المدين أكلافاً كثيرة إذا كان من الممكن التغلب على هذا
الحادث ببذل قليل من المجهود أو ببذل بعض نقود (سم ١٣ يونيه سنة ١٩٢٢
تق ج ٣٤، ٤٨١)

كذلك لا يعتبر الحادث القهرى مبرئاً لذمة المدين إلا إذا كان مستمراً
فإذا كان الحادث مؤقتاً فيجب على المدين أن يبادر بالوفاء عقب زواله مباشرة .
وإذا وقع الحادث القهرى بعد التعاقد فيجب على المدين أن يبذل أقصى جهده
ليخفف من آثاره : مثلاً ، باع مزارع قطنه يبعأ أجلاً وقدّر أن المحصول
سيكون كذا قطاراً ثم طرأت آفات سماوية أتلفت المحصول . حكمت محكمة
الاستئناف المختلطة بأن المزارع كان يجب عليه أن يحظر المشتري فوراً (أول
مارس سنة ١٩٠٥ تق ج ١٧، ١٣٨)

ويلاحظ أن المدين لا يلزم باتخاذ وسائل غير عادية لمنع الضرر المترتب
على الحادث القهرى . وكل ما يلزم به المدين هو أن يتخذ الاحتياطات العادية

ولا يوجد مقياس لتعرف الحوادث القهرية. فالمرجع في تعرفها تقدير ظروف كل حالة. ولتأت الآن ببعض الأمثلة :-

١ — الحوادث الطبيعية : الزلازل والحوادث السبائية بشرط أن تكون غير مألوفة في محل الوفاء. فهبوب الرياح الشديدة والامطار الغزيرة إذا كانت مألوفة لا تعتبر من الحوادث القهرية وقيام زوبعة في البحر لا يعتبر حادثاً قهرياً إذا حدث الفرق بسبب خطأ القبطان .

والفيضان الشديد لا يعتبر حادثاً قهرياً إذا كان من الأحداث المألوفة والسبب في ذلك هو أن الانسان يعمل دائماً على جعل البيئة الطبيعية التي يعيش فيها ملائمة لحياته الاقتصادية

ب — تغيير الظروف المادية التي تجعل التنفيذ مستحيلاً . مثال ذلك اتفاق مقاول مع مالك منزل على أن يقوم بتقش المنزل ثم سقط المنزل بعد ذلك ، فلا يلزم المالك بشيء ما قبل المقاول

ج — حوادث الحريق . لا يعتبر الحريق حادثاً قهرياً إذا وقع باهمال المدين .

د — المرض والاولية . لأجل اعتبار المرض من الحوادث القهرية يجب النظر في موضوع التعهد ، ونية المتعاقدين . فإذا كان التعهد متعلقاً بأجوار أشخاص فيقول القانون في المادة ٤١١ / ٥٠٢ م « ينفسخ استئجار الصانع بموته أو بجمادته قهرية منعه عن العمل وفي هذه الحالة على صاحب العمل أن يأخذ ما ينفعه مما استحضره الصانع من المهمات بما اشتراه به الصانع من الثمن »

والممثل الذي يمنعه المرض من التمثيل لا يلتزم بشيء ما قبل مدير المسرح . وحدث في فرنسا أن مؤلفاً تعهد بتأليف رواية وتقديمها في تاريخ معين الى

مدير مسرح . واتفقا على شرط جزائي . لكن المؤلف لم يستطع أن يتمم الرواية في الميعاد المتفق عليه لمرض أصابه في أسنانه اقتضى اجراء عملية جراحية . وقد اعتبرت المحكمة أن ألم الأسنان حادث قهري يمنع من الاشتغال بالأعمال العقلية (١٩١٠ ، ٢ ، ٢٩٢) . أما اذا كان موضوع التعهد مبلغاً من النقود ، فلا يعتبر المرض حادثاً قهرياً . وذلك لأن المدين كان في استطاعته أن يكلف اخر بالدفع نيابة عنه . وقد تجاوزت المحاكم الفرنسية حد المعقول فحكمت بأن المستأمن الذي لم يتمكن من دفع قسط التأمين بسبب اصابته بشلل في يوم استحقاق الدفع لا يستطيع أن يحتج بوقوع حادث قهري . (١٩١٢ ، ١ ، ١٨١) .

واعتبرت المحاكم أن الأوبئة من الحوادث القهرية . وحدث أن مثلاً رفض أن يمثل مرة بسبب انتشار حمى التيفود فاعتبرت المحكمة هذه الحالة قوة قهرية .

هـ - الحوادث الزمانية . تعفى السرقة الوديع من رد الوديعة . (٨٥ م / ٤٨٥ / ٤٩٣ وتراجع المادة ٤٨٩ / ٥٩٨ مدني) .

و - الأوامر الحكومية . fait du prince يجوز أن تصدر الحكومة أشياء معينة أو تنزع ملكية عقار أو تمنع انشاء بعض الصناعات أو تحرم تصدير بعض السلع أو تنقل محلاً بالطرق الادارية كمسرح . فكل هذه الظروف التي تمنع المدين من الوفاء تعتبر من الحوادث القهرية .

ز - الحرب والغزوات . الحرب والاضطرابات العامة وسطو العصابات المسلحة تعتبر من الحوادث القهرية .

لكن الحرب ليست دائماً سبباً في عدم تمكن المدين من القيام بتعهداته فقد تكون الحرب مانعة أحياناً من تنفيذ التهديك لو دخل العدو مدينة فلا يلزم المستضع بدفع أجور الصناع اذا دعي رب العمل الى التجنيد

واضطّر الى غلق مصنعه فلا يلزم بدفع تعويض بسبب عدم انذاره العمال في الوقت المناسب . واذا قفلت السلطة العسكرية مسرحاً فلا يلزم المستأجر بدفع أجرة الى صاحب البناء القائم فيه المسرح . واذا أطلقت المدافع على مدينة واضطّر الناس الى الفرار منها فلا يلزمون بدفع أجور منازلهم مدة غيابهم القهري . وتصفية السلطة العسكرية لأملاك الأعداء تمنعهم من القيام بتعديلاتهم (سم ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٦ تق ٢٩، ١٠٧) .

لكن الحرب لا تعتبر قوة قاهرة اذا ترتب عليها صعوبة التنفيذ أو كثرة أكلافة . كذلك لا يستطيع المدين أن يحتج بالحرب اذا كان في استطاعته أن ينفذ تعهده قبل الحرب ،

ح — الاضراب . اذا كان الاضراب عاماً يشمل كل العمال الذين يشتغلون في الصناعة كلها فيعتبر قوة قاهرة . ولكن اذا شمل جزءاً من العمال فلا يعتبر قوة قاهرة . واذا حدث الاضراب بخطأ رب العمل أو سوء ادارته فلا يعتبر أيضاً قوة قاهرة

٤٥ — متى يكون المدين مسؤولاً في حالة الحوادث القهرية . يصير المدين مسؤولاً في حالتين وهما (١) حالة الاتفاق (٢) اذا ثبت تقصير المدين بتكليف رسمي ووقعت بعد ذلك الحادثة القهرية

٤٦ — في تعويضهم الضرر المعنوي : ^(١) قد يضار الشخص بواسطة القذف في شرفه وشهرته واعتباره أي في ثروته المعنوية ، وقد يضار في وجدانه ومشاعره كفقده قريب . ومن المتفق عليه أن الضرر الذي يصيب الشخص في ثروته المعنوية يستحق التعويض . ويرى بعض الشراح أن الضرر الذي يصيبه في مشاعره لا يستحق تعويضاً تقديراً بسبب ما يبدو على هذا التقدير من مسحة الغرامة ، ويسبب تعذر تقويم هذا الضرر بحال لانعدام مقياس .

(١) من القواعد الشرعية أن النافع الأدبية لا تهم لاجلها دعوى ولا بد لقبول الدعوى من الادعاء بحال ومن أجل ذلك وجدت دعوى للمختر

مشترك بين الحدين . وهذا مما يجعل تقدير التعويض تعسفياً . إلا أن القضاء الفرنسي جرى على منح تعويض بسبب المصالح الوجدانية *intérêt d'affection* بحجة أن القانون لم يفرق في المادة ١٥١ مدني بين الضرر المالى والضرر المعنوي . وإذا كان التعويض الذى يطلبه أقارب المجنى عليه في حادثة ليس صورة صحيحة للضرر الواقع ، فهو يعتبر مقابلاً له على وجه التقريب ، ويمثل ثمن الحزن (نقض فرنسي جئائى ١٥ ديد... بر سنة ١٩٢٣ ، د ، ١٩٢٤ ، ١٠ ، ٦٩٠) . واعتبر القضاء الأهل أن الضرر المعنوي الذى « لحق الأب بسبب موت ابنه يصح أن يكون أساساً للحكم بالتعويض (استئناف ١٧ مارس سنة ١٩١٠ مجموعة رسمية أهلية عدد ١١١ السنة الحادية عشرة)

ولكن هل يستحق التعويض عن الضرر المعنوي المترتب على التعاقد ؟ يرى البعض أن القانون أشار الى « مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب » ، وأن التعويض لا يكون إلاّ عن خسارة مالية . لذلك لا يجوز تعويض الضرر المعنوي لعدم النص عليه في القانون . إنما يلاحظ أن التعويض المعنوي المترتب على التعاقد يتصل دائماً بخسارة مالية لحقت الدائن بسبب عدم تنفيذ التعاقد كما لو رفض صيرفى أن يدفع شيكا . مسحوباً من أحد عملائه رغمّاً من وجود مقابل وفاء الشيك لدى الصيرفى فامتناع المسحوب عليه عن الوفاء يلحق بالساحب ضرراً مادياً فوق الضرر المعنوي الذى يلحقه وهو شعوره بالخذلة والهووان .

وقد رفض القضاء الفرنسي أن يقضى بتعويض بسبب امتناع شخص عن تسليم صور عائلية ، ليس لها قيمة ذاتية ، تعهد بتسليمها بحجة أن عدم الوفاء لم يترتب عليه ضرر يمكن تقويمه بالمال (د ، ١٧٤ ، ١ ، ٣٦٠)

إلا أنه من جهة أخرى تمنح المحاكم تعويضاً في المسائل الآتية (١) إذا طرد مستضع عاملاً بلا وجه حق فيمنع تعويضاً نظير الضرر الأدبى الذى لحقه فوق تعويضه عن الضرر المادى (د ، ١٠١٩٠٤ ، ١٤٩) (سم ٢٠

مونية سنة ١٩٢٨ تق ج ٤٠، ٤٣٨)

(٢) إذا عهد مدير مسرح الى أحد الممثلين بتمثيل دور معين وقام بتمثيله على الوجه اللائق فلا يجوز للدير بعد ذلك أن يعد الى غيره بتمثيل هذا الدور

والرأى الصحيح هو أن المحاكم عند تقدير التعويض يجب أن تعير الجانب المعنوى شيئاً من الأهمية

٤٧ — في الاتفاق على عدم المسؤولية : هل يجوز الاتفاق على عدم مسؤولية المدين عما يقع منه أو من أحد عماله من الخطأ ؟ يجب أن نفرق بين هذه الحالة والتأمين على الحوادث ، مثل تأمين سائق السيارة على الحوادث التي تقع على الغير بخطئه . فالتأمين تعاقد صحيح يعفى السائق من المسؤولية قبل المجنى عليهم حتى لو كان في حالة سكر أثناء قيادته . ومؤدى هذا التعاقد أن المؤمن يدفع إلى المجنى عليه تعويضاً عن الضرر الحاصل له في نظير قسط prime يدفعه المستأمن الى المؤمن في مواعيد دورية . أما الحالة التي نحن في صددنا فهي الاتفاق الحاصل بين المدين والدائن (أى الشخص الذى قد يكون في يوم ما ضحية هذا المدين) على عدم مسؤولية المدين بسبب الضرر المترتب على خطئه . تفصل المحاكم بين الخطأ الجسيم والخطأ الطفيف وتجزئ الاتفاق على عدم المسؤولية بسبب ارتكاب المدين هذا النوع الأخير من الخطأ . أما بالنسبة للخطأ الجسيم فلا يجوز الاتفاق على تفصل المدين من المسؤولية بسببه . ويعتبر الخطأ الجسيم كالنفس Culpa lata proxima dolo . فكما أن الانسان لا يجوز له أن يتفق على عدم تحميله مسؤولية ما يقع منه من النش فكذلك لا يجوز له أن يتفق سلفاً على عدم مسؤوليته عن الخطأ الجسيم . وهذه التفرقة تستند على المعقول لأنه اذا جاز أن يتفق المدين على عدم مسؤوليته بسبب ما يرتكبه من الخطأ المألوف فلا يمكن أن يشمل عدم المسؤولية ما يقع

منه من الخطأ الجسيم وذلك لأنه يتعين على المدين أن يذل حداً أدنى من العناية لتنفيذ ما تعهد به . ولا يجوز التسامح معه الى مادون هذا الحد . كذلك لا يستطيع المدين أن يتصل سلفاً من المسؤولية بسبب غشه ، أى تقصيره المتعمد كما لو اشترط أن يحتفظ لنفسه بحق عدم الوفاء ، وإلا كان معنى ذلك وضع الدائن تحت رحمة المدين أى تعليق الالتزام على شرط ارادى .

على أن المحاكم الفرنسية قضت في أول الأمر بتحريم شرط عدم المسؤولية اذا ثبت لديها عدم التكافؤ بين الدائن والمدين بكيفية تجعل هذا الأخير غير قادر أن يناقش الشروط التى يعرضها الأول ^(١) . كالشروط التى تضعها شركات النقل بالنسبة لضياح وتلف البضاعة . وقد عدلت محكمة النقض الفرنسية عن رأيها ^(٢) وفسرت شرط عدم المسؤولية بأنه لا يترتب عليه الاعفاء من المسؤولية بل عكس حمل الاثبات أى أنه ينهض قرينه على أن التلف سببه قوة قاهرة أى أنه لا يقضى للبرسل اليه البضاعة بتعويض إلا اذا أثبت وجود خطأ منسوب الى أمين النقل أو عماله . ويعاب على هذا الرأى أنه تفسير غير صحيح لشرط عدم المسؤولية لأن ما يصيب البضاعة من تلف لا يمكن اثباته إلا بمعرفة عمال أمين النقل . لذلك يتعذر اقامة الدليل على الخطأ . وقد أخذت المحاكم المختلطة بهذا الرأى فاعتبرت أن الشرط صحيح ويترتب عليه فقط عكس حمل الاثبات وأنه يجب اثبات خطأ أمين النقل (سم ٥ فبراير سنة ١٩١٩ تق ج ١٤٩٠٣١ وتق ١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ ج ٣٥٠٣٥٠٢٨٧) .

٤٨ — فى اثبات التعويض الدائن هو الذى يكلف باثبات ما فاتته من الربح وما أصابه من الخسارة . وعلى كل فالمحكمة هى التى تقدر فى النهاية

(١) نفس فرنسا ٢٦ يناير سنة ١٨٥٩ د ١٨٠٩٤١٤٠٥٩

(٢) نفس فرنسا ٤ فبراير سنة ١٨٧٤ د ١٨٧٤٠١٤٠٣٠٥

مقدار ما يستحقه من التعويض ، معتمدة في ذلك على ظروف الحال . فإذا اتفق شخص مع مدير فرقة تمثيل على إحياء ليلة ثم أدخل المدير بتعهده فيجوز للتعهد أن يطالب المدير بما صرفه من المصروفات لتأجير مسرح وللإعلان في الصحف . كذلك يجوز له أن يطالب بما فاته من الربح ، لكن هذا الربح لا يمكن تعيينه بالدفعة الحسائية والمحكمة هي التي تقدر ظروف الحال وتقدر ما فات التعهد له من الربح . والمشتري الذي يدفع ثمن البضاعة ثم لا يسلمها إليه البائع يجوز له — إذا كان تاجراً — أن يطالب برد الثمن وبالربح الذي كان يعود عليه من بيع هذه البضاعة .

الفرع الثاني — التعويضات المتعلقة بالنقود

٤٩ — في خصائص التعويضات المتعلقة بالنقود . لا تعطى التعهدات التي يكون موضوعها مبلغاً من النقود حق المطالبة بتعويض عدم الوفاء ولكنها تعطى حق المطالبة بتعويض التأخير . وذلك لأن الدائن يستطيع أن ينفذ على أموال مدينه ويقتضى منها دينه .

والتعويضات التي تستحق بسبب تأخير المدين في دفع مبلغ من النقود تختلف عن تعويضات عدم الوفاء من الوجوه الآتية : —

- (١) كيفية إثبات تقصير المدين .
- (٢) عدم اشتراط توافر الضرر .
- (٣) كيفية تقدير التعويض .
- (٤) تقييد حرية المتعاقدين في تقدير مقدار الضرر .

٥٠ — في كيفية إثبات تقصير المدين . تقضى المادة ١٢٤/١٨٢ مدني بأنه إذا كان التعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم فتكون فوائده مستحقة

من يوم المطالبة الرسمية *Demande en Justice* فقط اذا لم ينص العقد أو الاصطلاح التجارى أو القانون فى أحوال مخصوصة بنبر ذلك ، وقد قصد القانون أن لا تستحق الفوائد إلا من يوم المطالبة الرسمية أى من يوم اقامة الدعوى محافظة على مصلحة المدين لىكى يتجلى له بكيفية لا تدع مجالاً للشك أن الدائن يقصد بصفة جدية وقطعية أن تحتسب عليه الفوائد ابتداءً من هذا اليوم ، وأنه اتخذ الاجراءات القانونية التى تنبئ كل شك قد يعلق فى ذهنه^(١). لذلك لا يكفى الانذار أو التنبيه الحاصل بناء على سند واجب التنفيذ لسريان الفوائد (سم ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ تق ج ٣١ ، ٧٦) وفى هذا تختلف المطالبة بالفوائد عن المطالبة بتعويض عدم الوفاء .

مستثنيات : يقوم الانذار مقام المطالبة الرسمية فى الأحوال الآتية : (٢)

(١) إذا لم يحصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد الثمن لا يكون للبائع حق فيها إلا إذا كلف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً *mise en demeure* أو المبلغ الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى (١٠/٣٣٠ مدينى) (٢) يجب على حافظ الوديعة أو حارسها أن يرد محصلها ونتائجها وعليه فوائد النقود المودعة عنده من وقت مطالبته بردها مطالبة رسمية *mise en demeure* (٦٠٢/٤٩٣ مدينى)

(٣) على الوكيل أن يدفع فوائد المبالغ المقبوضة من يوم مطالبته رسمياً *mise en demeure* أو من يوم استعماله لها لمنفعة نفسه . وله الحق فى فوائد النقود التى دفعها بسبب التوكيل من يوم دفعها (٦٤٦/٥٢٦ مدينى)

٥١ — فى عزم اشتراط توافر الضرر : تقول المادة ١٨٢/١٢٤ مدينى

(١) أخذ القانون الفرنسى بهذه القاعدة لتاية سنة ١٩٠٠ ، وهذه القاعدة من آثار كراهية الربا والخوف من زيادة الدين بسبب تجمع الفوائد . وعدل القانون الفرنسى فى ٧ ابريل سنة ١٩٠٠ قضى بأن الانذار يكفى لبدء سريان الفوائد .

(٢) سم ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ تق ٣٦ ، ١١٠

إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم فتكون فوائده مستحقة Les intérêts sont dus دون أن تشترط وقوع ضرر على المدين . ومعنى ذلك أن الدائن الذى يطالب مدينه بتعويض التأخير لا يكلف بإثبات حصول ضرر له بسبب هذا التأخير . فالتأخير من يوم المطالبة الرسمية يكفي لاستحقاق الفوائد . والسبب فى ذلك هو أن الدائن يترقب ميعاد الاستحقاق فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقتضى دينه من المدين وقع عليه ضرر بسبب هذا التأخير لأن النقود بطبيعتها يسهل تمييزها ولأن المألوف بين الناس أن لا تعطل نقودها وفى تأخير المدين عن الوفاء ما يفوت على الدائن فرصة توظيف هذه النقود فى عمل منتج . كذلك قد يتعذر على الدائن أن يثبت الكيفية التى كان يريد أن يثمر بها نقوده . ولا حاجة بنا إلى القول بأن المدين يعفى من دفع الفوائد إذا تبين أن تأخيريه فى الوفاء كان مترتباً على قوة قاهرة أو حادث عارضى .

٥٢ — كيفية تقدير التعويض : حدد القانون مقدار التعويض أى الفائدة التى يلزم المدين بدفعها فى حالة التأخير وهى ٥ ٪ فى المواد المدنية و ٧ ٪ فى المواد التجارية إلا إذا حصل الاتفاق على خلاف ذلك . لكن لا يجوز أن تزيد الفائدة المتفق عليها على ٩ ٪ (م ١٢٤ و ١٢٥ / ١٨٢ و ١٨٣ مدنى) ولهذا التحديد فوائد كثيرة لأنه يوفر على المحاكم مشقة تقدير الضرر الذى أصاب الدائن بسبب عدم الدفع . كما أن هذا التحديد لا يضر الدائن لأنه يستطيع أن يقتضى من الغير فى حالة تأخير المدين ما يحتاج إليه من نقود بهذه الفائدة القانونية .

ولا يجوز للمحاكم أن تقضى بأقل أو بأكثر من الفائدة القانونية بزمع أن تأخير المدين ألحق بالدائن ضرراً خاصاً كما أنه لا يجوز لها من باب أولى أن ترفض الحكم بالفوائد بسبب صفة الدين الأصلية . وقد كان تحديد الفائدة

في المواد التجارية محلاً للتقيد^(١) في فرنسا مما ترتب عليه إلغاء هذا التحديد في سنة ١٨٨٦ .

٥٣ — متى يجوز للدائن ان يستولي على تعويضه اضافي : الأصل أن الدائن لا يجوز له أن يطالب بأكثر من الفائدة القانونية حتى لو كان الضرر الذي لحقه بسبب تأخير المدين يزيد على هذه الفائدة . لكن هذه القاعدة يرد عليها الاستثناءات الآتية :

(١) إذا استطاع الدائن أن يثبت أنه بسبب سوء نية المدين وتعمره عدم الوفاء أو بسبب خطئه الفاحش (سم ١٠ يناير سنة ١٩٢٩ تق ج ٣٦ ، ١٤٤) لحقه ضرر مستقل عن التأخير فيجوز له ان يطالب بهذا التعويض الإضافي ، كما لو أخطأت شركة نقل في تطبيق التعريفة وحصلت خطأ من المرسل مبلغاً يزيد على التعريفة القانونية ثم رفضت الشركة أن ترد القدر الزائد الذي استولت عليه واضطر المرسل أن يقاضيه فيجوز للمحكمة أن تحكم بتعويض مستقل عن الفائدة القانونية بسبب الضرر الذي لحقه من جراء سلوك الشركة .

(٢) نقض المادة ٥١٨/٤٢٦ مدني بأن الشريك المتأخر عن أداء حصته في رأس المال ملزم بالتضمينات بمجرد مطالبته رسمياً بالوفاء وإذا نشأ عن هذا التأخير ضرر للشركة وجب عليه تعويضه بغير مقاصة بالأرباح التي استجلبها للشركة .

(٣) إذا لم يقيم المسحوب عليه بدفع قيمة الكميالة في ميعاد استحقاقها وسحب الحامل كميالة رجوع على أحد الموقعين على الكميالة فيجوز له أن

(١) قالوا بأنه يحسن ترك تحديد الفائدة إلى نفس التاجر فقد يرى من مصلحته الاقتراض بখানে مرتفعة . وهو على كل حال في مأمن من تحكم القرضين بسبب تناقص أبواب الأموال . وقد أخلق القانون الفرنسي حرية التعاقد بالنسبة للفائدة المدنية عقب الحرب العظمى بسبب ارتفاع سعر الفائدة .

يطالب بالمصاريف التي صرفها وبالفارق الذي دفعه فضلاً عن قيمة تلك الكمبيالة والفائدة القانونية (م ١٨٠ و ١٨١/١٨٧ و ١٨٨ تجارى) .

٥٤ - في الفوائد المركبة . Anatocisme . قد يقبل المدين أن تعتبر الفائدة في حالة عدم وفاتها كالأصل وتحسب عليها فوائد من تاريخ استحقاقها . وقد ارتاب القانون في هذا النوع من الاتفاق بسبب الأضرار الاجتماعية التي تترتب عليه من وجهين :
أولاً : تستهوى هذه الطريقة المدين المعسر لأنها تسهل له الاقتراض دون أن يفكر في الوفاء .

ثانياً . يترتب على تجميد الفوائد زيادة الدين إلى أكثر مما يتوقع المدين فالتقود التي تقرض بفائدة ٥ ٪ تضاعف في ظرف أربع عشرة سنة ويدرك الدائن هذه الحقيقة أكثر مما يدركها المدين . من أجل ذلك حرمت القوانين الرومانية والقانون الفرنسي القديم التعامل بالفائدة المركبة . ويحرم القانون الألماني (م ٢٨٩) والقانون السويسري التعامل بالفائدة المركبة (م ٣١٤)
أما القانون المصري فهو يميز التعامل بالفوائد المركبة بالشروط الآتية : -
(١) لا يجوز طلب الفوائد عن الفوائد المتجمدة إلا من يوم إقامة الدعوى فلا يكفي الانذار لاحتساب فوائد الفوائد

(٢) لا يجوز طلب فوائد عن متجمد الفوائد إلا إذا كانت مستحقة عن سنة كاملة (م ١٢٦ / ١٨٦ مدنى)

(٣) لا يجوز طلب فوائد عن متجمد الفوائد إلا إذا استحققت الفوائد فعلاً . ومعنى ذلك أنه لا يجوز الاتفاق سلفاً على دفع فوائد عن الفوائد بحكم القانون في حالة تأخير المدين . وهذا الاتفاق لا يمكن حصوله إلا إذا حل ميعاد استحقاق الفوائد . ويجب تجديد هذا الاتفاق في كل سنة . وبهذه الكيفية يتمكن المدين من ادراك الخطر الذي يستهدف له ويتعرف مقدار

الدين وأنه يتزايد من سنة الى أخرى (كابتان ج ٢ ص ٣٢ و ٣٣) لكن محكمة النقض الفرنسية قضت بعكس ذلك وأجازت الاتفاق سلفاً على استحقاق الفوائد بحكم القانون (نقض فرنسى ١٠ أغسطس سنة ١٨٥٩ د ٥٩ ، ١٤١ ، ١) ولم تأخذ بحاكم الاستئناف فى فرنسا بهذا الرأى (نانسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٠٨ س ، ١٩٠٩ ، ٢ ، ٢٤) .

وقد استثنى القانون الحسابات الجارية فأجاز ضم الفوائد الى الأصل واحتساب فائدة عنها حتى ولو كانت الفوائد مستحقة لمدة تقل عن سنة (م ١٢٦ / ١٨٦ مدنى)

الفصل الثانى — فى المحافظة على أموال المدين

٥٥ — **عموميات** . اذا أصبح المدين معسراً فيصبح حق الدائن بلاقيمة وتكون كل الحقوق التى يجوز للدائن اتخاذها قبل المدين كالتفويض القهرى أو التعويض عديمة الجدوى أن لم يعط الدائن عند سنوح الفرصة الوسائل اللازمة للمحافظة على أموال المدين التى تعتبر ضماناً عاماً للدائن . لذلك أباح القانون للدائن اتخاذ بعض الوسائل للمحافظة على أموال المدين

وهذه الوسائل بعضها وسائل تحفظية كما فى حالة افلاس المدين حيث أوجب القانون على وكيل الدائنين أن يطلب من مأمور التفليس وضع الاختام على مخازن المفلس ومكاتبه وصناديقه ودفاتره وأوراقه وأمتعته اذا لم يسبق للمحكمة فى حكم اشهار الافلاس ان أمرت بذلك . وان يحجر محضر جرد بعد ذلك . كذلك اذا دعى المدين لعمل قسمة فيكون للدائن الحق فى أن يدخل فى القسمة حتى يمنع اتفاق الشركاء على الاضرار به بتواطئهم مع مدينه (م ٤٦٠ / ٥٥٧ و ٥٥٨ و ٥٥٩ مدنى) . ولا يعمل الدائن فى هذه الأحوال باسم مدينه بل باسمه الشخصى ولذمته . لذلك لا يجوز الاحتجاج عليه بأن تعهده شرطى أو أجلى .

لكن هناك وسائل أباحها القانون للدائن أكثر خطورة من هذه الوسائل التحفظية . فيقوم الدائن بعمل إيجابى ويسعى للحصول على نتيجة ما كان يحصل عليها لو لم يقم بهذه الوسائل من تلقاء نفسه . وهذه الوسائل التي يلجأ اليها الدائن تزيد عن كونها مراقبة أعمال المدين أو التحقق من حالة أمواله الحقيقية . والوسائل التي من هذا القبيل هي : —

(١) حق الدائن في رفع دعاوى مدينه

(٢) دعوى ابطال تصرفات المدين

الفرع الأول — رفع الدائن دعاوى مدينه

٥٦ — أساس هذا الحق : اذا ترك المدين وشأنه في أمواله ، ينتقص منها ويقللها ، فان حق الضمان العام الذي للدائن على أموال مدينه ينعدم (م ٥٥٥م / ٦٧٩ مدنى) وقد يهمل المدين أمواله أو يعجل على نفسه العسر . والضرر هنا يلحق دائنيه . وكل هذه النتائج الضارة بالدائنين يمكن تلافيها بقليل من العمل . لذلك أعطى القانون للدائنين ، أو لاحدهم ، حق رفع دعاوى المدين دعواً للضرر الذى يهددهم . وتسمى الدعوى غير المباشرة *action oblique* ou *action indirecte* لأن الدائن لا يمثل نفسه بل يمثل مدينه في اقامتها وليست الدعوى التي يقيمها الدائن باسم مدينه دعوى من نوع خاص *qui generis* ، فهي والدعوى التي يقيمها المدين بنفسه على مدينه سواء بسواء .

٥٧ — موضوع هو الرائعين . يجب أن يحدد تماماً موضوع هذا الحق وهو ما فعله القانون حيث قال في المادة ١٤١ / ٢٠٢ مدنى « يجوز للدائنين بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم أن يقيموا باسمه الدعاوى الخاصة بشخصه » . فليس لهم أن يحلوا محل الدائن في إدارة أمواله اذا كان لا يحسن تميرها أو اذا كان يؤجرها بأقل من أجر المثل . وإلا لو أجزنا

للدائنين ذلك لكان معناه القضاء بتأنا على حرية المدين الشخصية واقامة الدائن وصياً عليه . من أجل ذلك حدد القانون مدى هذا الحق فقصره على الدعاوى (عدا الخيارات options) فقط . فكل ما يسمح به للدائن هو أن يرفع باسم مدينه دعوى يطالب فيها بحق مدينه . كما لو كان للمدين دين أو نصيب في تركه أو عقار أو تعويض عن ضرر مادي لحقه .

ويفرض دائماً أن هذا الحق مهدد بالسقوط بمضى المدة أو مهدد بالزوال باعسار مدين المدين . وأن المدين لا يطالب بحقه وأنه يتركه عرضة للضياع فعند ذلك فقط يرفع الدائن دعوى باسم مدينه للطالبة بهذا الحق .

٥٨ — في الدعاوى التي يجوز للدائنين رفعها باسم مدينهم : يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه كل الدعاوى التي يترتب على كسبها زيادة أمواله إنما يستثنى من ذلك الدعاوى الآتية : —

(١) الدعاوى غير المتعلقة بالمال . وذلك لأن الدائن يستمد حق رفع دعوى باسم مدينه من الضمان الذي له على أمواله فتخرج الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية لأنها لا تفيد الدائن بشيء ما كدعاوى الطلاق واللعان أو بطلان الزواج أو تعيين المدين ناظراً لوقف أو وصى

(٢) بعض الدعاوى المتعلقة بالمال . الأصل أن كل الدعاوى المتعلقة بالمال يجوز أن يرفعها الدائن إنما يستثنى من ذلك الدعاوى التي أساسها ضرر أدبي كتعويض عن سب أو قذف لأن رفع مثل هذه الدعاوى يرجع الى تقدير المدين وقد يرى أن ليس من مصلحته المطالبة بتعويض في هذه الحالات . ولكن هل يجوز للدائن أن يرفع دعوى بطلان عقد بسبب عدم أهلية المدين ؟ اختلفت الآراء . والرأى المعقول هنا هو أن المصلحة المالية تغلب على الاعتبارات الأدبية (بهذا المعنى نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٩٢١ د ، ١٩٢٤ ، ١ ، ١٣٣) وشيئ بهذه الحالة دعوى تعويض بسبب حادثة ترتب عليها ضرر مادي . ولكن حكم بأن هذه الدعوى تعتبر خاصة بشخص المدين (سيرى ١٨٨١ ،

(٢١ ، ٢ وتعليق Labbé)

كذلك لا يجوز للدائن أن يباشر الدعاوى التي تتعلق بحقوق لا يجوز
الحجز عليها كدعوى النفقة أو دعوى المطالبة بمرتب المدين إذا كان موظفاً
أو مستخدماً

٥٩ — في الشروط الواجب توافرها لرفع الدعوى — لا يجوز للدائن
أن يقيم هذه الدعوى إلا إذا توافرت الشروط الآتية : —

(١) أن يكون للدائن مصلحة في رفع الدعوى . والا فان دعواه ترفض
وتعتبر من الدعاوى الكيدية ، كما لو كان المدين المقامة باسمه الدعوى في حالة
يسر ظاهرة ولا خطر على حقوق الدائن (نقص فرنسي ١٣ يناير سنة ١٨٧٣
١٥١ ، ١ ، ١٨٧٣)

(٢) أن يكون دين الدائن مستحقاً ومحققاً ومعيناً ^(١) . فان كان الدين
معلقاً على شرط ^(٢) أو مؤجلاً فلا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى باسم مدينه .
والسبب في ذلك هو أن رفع الدعوى في هذه الحالة يزيد عن كونه عملاً
تحفظياً ويقرب من التنفيذ ويعتبر تدخلاً متهايماً في شئون المدين (بودرى
وبارديج ١ رقم ٦٢٩)

(٣) أن يقصر المدين في رفع الدعوى . فاذا رفع المدين الدعوى جاز
للدائن أن يدخل خصماً ثالثاً ولكن لا يجوز له أن يرفع الدعوى مرة ثانية
واذا رفع المدين الدعوى فتوقف الدعوى المرفوعة من الدائن
وقد جرى العمل على أن يدخل الدائن مدينه خصماً في الدعوى لكي
يصدر الحكم في مواجهته واذا أهمل الدائن اجراء ذلك فيجوز للدعى عليه

(١) قض فرنسي ٢٦ يولي سنة ١٨٥٤ س ، ١٨٥٤ ، ١ ، ٥٦٣ ، ٢٥ مارس سنة
١٩٢٤ س ، ١٩٢٤ ، ١ ، ٦٧

(٢) يرى كابتان أن الدائن الملاق دينه على شرط يجوز له أن يرفع هذه الدعوى (ج ٢
ص ٤٧)

أن يدخل المدين خصماً في الدعوى .

ولا يشترط لاقامة هذه الدعوى أن يكون لدى الدائن سند واجب التنفيذ أو أن يكون تاريخه سابقاً على موضوع الدعوى ولا أن يثبت تقصير المدين وذلك لأن كل ما يسعى إليه الدائن هو المحافظة على أموال المدين^(١)

٦٠ - في ماهية الدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه - الدائن الذي يرفع دعوى باسم مدينه لا يستعمل حقاً خاصاً ولكن يستعمل حق مدينه . ويعتبر الدائن خصماً ظاهراً فقط أما الخصم الحقيقي فهو المدين . ينتج من ذلك أنه يجوز لمدين المدين أن يحتج في مواجهة الدائن بكل الدفوع التي يجوز له أن يديها في مواجهة دائته وهذا الحق لا نزاع فيه بالنسبة للدفوع التي نشأت قبل رفع الدعوى

أما فيما يختص بالدفوع التي نشأت بعد رفع الدعوى كما لو تصالح المدين بعد رفع الدعوى أو تنازل عن تقادم أو صحح عقداً باطلاً فهل يسرى كل هذا على الدائن؟ يرى فريق من الشراح أن الصلح لا يسرى على الدائن لأن رفع الدعوى يقوم مقام الحجز . والحجز يمنع المدين من التصرف في الأشياء المحجوز عليها (أوبري وروج ٤ بند ٣١٢) لكن محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذا الرأي واعتبرت أن الصلح يسرى على الدائن^(٢) بشرط أن يكون حصل بدون غش (د، ٣، ١٩، ١١) ويميل الشراح الى الأخذ بهذا الرأي (بودرى وباردج ١ بند ٦٣٩)^(٣)

(١) بودرى وباردج ١ رقم ٦٣٢ وحقن فرنسي ٨ يوليئ سنة ١٩٠١ د، ١٩٠١، ١٩٠١، ١٩٠١

٤٩٨، ١

(٢) رأيت محكمة النقض الفرنسية أنه لا محل للفرقة بين الدفوع التي نشأت قبل أو بعد رفع الدعوى ذلك لأن مركز المدعى عليه يجب أن لا يتغير تبعاً لما إذا كانت الدعوى مرفوعة من صاحب الحق أى المدين أو من حله أو الدائن (حقن فرنسي ١٨ فبراير سنة ١٨٦٢ د، ١٨٦٢، ١٩٠١، ٢٤٨) .

(٣) وراجع فيما يخص بالتنازل عن التقادم الفصل الماشر من الباب الرابع . وفيما يخص بصحيح النقد الباطل الفرع السادس من الفصل الاول من الباب السابع .

٦١ - من الذى يستفيد من هذه الدعوى . الغرض من رفع هذه الدعوى هو المحافظة على أموال المدين . فإذا نجح الدائن فى تحقيق هذه الغاية فيكون الدائن حافظ على أموال المدين . لذلك يستفيد كل الدائنين من هذه الدعوى ولا يمتاز راضعها عن بقية الدائنين بشيء ما . إنما يجب عليهم أن لا يتركوه يستوفى كل ما له لدى المدين بل يجب أن يتدخلوا فى الدعوى اذا أرادوا الاستفادة من المحافظة على أموال مدينهم (سم ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ، ١٧٩ وسم ١١ يونيه سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣) وهذه الحالة تشابه الحجر الذى يوقعه الدائن على المدينه لدى الغير فان بقية الدائنين يستطيعون أن يشتركوا معه فى هذا الحجر .

٦٢ - فى نزرة استعمال وقصور الدعوى غير المباشرة - الدعوى المباشرة . يندر أن يلجأ الدائن الى رفع دعوى باسم مدينه لأن معظم الديون موضوعها مبلغ من النقود . ويفضل الدائن الالتجاء الى طريقة حجز ما للمدين لدى الغير (م ٤١٠ / ٤٧١ مرافعات) ومن جهة أخرى لا يستفيد الدائن من هذه الدعوى ، بل يشترك فى الاستفادة منها كل الدائنين . ذلك لأن الدائن لا يرفعها باسمه *proprio nomine* بل باسم مدينه . ويخضع مثلهم لقاعدة قسمة الغرماء . لذلك قد يكون أجدى على الدائن إذا استطاع أن يرفع دعوى باسمه الشخصى على مدين مدينه *action directe* . فإذا تيسر له هذا استطاع أن يستفيد دون غيره منها ، لأن المال الذى أخرجه مدينه من ثروته لا يعود الى هذا المدين بل يعود الى الدائن .

وقد منح القانون والقضاء هذه الدعوى إلى بعض الدائنين ، فاستطاعوا بهذه الوسيلة أن يقاضوا مدين مدينهم الذى لا تربطه بهم رابطة قانونية وذلك دون وساطة مدينهم الحقيقى . وحق إقامة الدعوى المباشرة يعتبر توسيعاً لحق الضمان الذى للدائن على أموال مدينه ، يمس ثروة أجنبية عنه ، وهو

وسيلة للوفاء أو طريقة للتنفيذ تضع الدائن في مركز ممتاز يتجاوز ما تقضى به القواعد القانونية العامة . ولهذا يتعين حصره في دائرة ضيقة . وهاك بعض الأحوال التي يجوز فيها اقامة الدعوى المباشرة : —

(١) يجوز للمقاول من الباطن مطالبة المالك بقدر ما يخصه من المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي . وله حق الامتياز بقدر ما يخصه (م ٤١٤ و ٤١٥ / ٥٠٦ و ٥٠٧ مدني)

(٢) يجوز للوكل أن يقاضى باسمه النائب الذي عينه الوكيل الأصلي مباشرة ما التزم به (م ٥٢٠ / ٦٣٦ و ٦٣٧ مدني)

(٣) يجوز للدائن أن يرفع الدعوى المباشرة على الشريك الموصى لتقديم حصته (سم أول ديسمبر سنة ١٩١٥ تق ٢٨ ص ٣٩) (١)

الفرع الثاني — في الدعوى البوليسية

٦٣ — **عموميات.** اذا كان المدين سبيـه النية ومثقلا بالديون فانه يسعى الى التصرف في أمواله اضراً بـدائنيه بأن يبيع أو يهب كل أو بعض أمواله بعقد ظاهر ثم يحرر عقداً مستتراً يعترف فيه المشتري أو الموهوب اليه بأن الشيء المبـيع أو الموهوب ما زال مملوكاً للمدين . وقد يعتمد المدين الى طريقة أخرى وهي أن يحول أمواله الظاهرة التي يمكن التنفيذ عليها الى نقود أو أوراق مالية يسهل اخفاؤها . وقد يتصرف تصرفاً نهائياً الى صديق أو قريب ويجرد نفسه من كل أمواله . وعلى كل فالمدن بسبب تعدد طرق المعاملات

(١) كتابنا فرح القانون التجاري ج ١ بند ٨٠ وانظر فيما يخص برغم للمؤجر الدعوى المباشرة على اللـتأجر من الباطن كتاب عقد الايجار لزميانا الأستاذ السهـوري فـرة ٤٢٢ .
وحن المجنى عليه في الدعوى المباشرة قبل المؤمن مقال زميلنا الأستاذ مازو المنشور في مجلة القانون والاقتصاد المـد الأول للسنة الثانية ص ٣ — ٢٦

بين الناس لا يعدم حيلة لخدع الدائنين والاضرار بهم .
والقانون الذى يجب أن يعمل على أن تسود حسن النية والثقة في
معاملات الناس لا يمكن بحال من الأحوال أن يسمح بمثل هذه الأعمال
الضارة . من أجل ذلك أعطى القانون للدائن سلاحاً يمكنه من أن يقضى على
تصرفات المدين ويفضح ما خفى من أعماله . وهذا السلاح أو هذا الحق هو
« الدعوى البوليسية » أو « دعوى إبطال التصرفات » action paulienne
« أو الدعوى المباشرة » .

وقد أشار القانون إلى هذه الدعوى في المادة ١٤٣/٢٠٤ فقال « للدائنين
في جميع الأحوال الحق في طلب إبطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد
ضررهم وفي طلب إبطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق
أضراراً بهم » .

ويمكن تعريف هذه الدعوى بأنها دعوى يجوز للدائنين رفعها باسمهم
الشخصى بقصد إبطال أعمال المدين التى حصلت أضراراً بحقوقهم » .

٦٤ - فى منشأ الدعوى البوليسية ^(١) . منشأ هذه الدعوى هو القانون
الرومانى وكانت ترفع بواسطة وكيل الدائنين لاعادة ما خرج من أموال
المدين الى ثروته لذلك كانت هذه الدعوى ذات صفة جماعية . ولكن هذه
الدعوى فقدت هذه الصفة فى الأزمنة الحديثة وصارت دعوى انفرادية
يجوز لكل دائن اقامتها لا يستفيد منها مجموع الدائنين بل يستفيد منها رافعها
فقط . ولم يكن القانون الفرنسى أو القانون المصرى بيان شروطها وأحكامها
لذلك يجب أن نرجع دائماً الى القانون الرومانى لتعرف ماهيتها وأحكامها .

٦٥ - فى التصرفات التى يجوز إبطالها . التصرفات التى يجوز للدائن
إبطالها هى التى يخرج بها المدين عن شيء من أمواله والتى من شأنها أن تجعله

(١) أنظر كتابنا « الأوراق التجارية وأعمال المصارف والائتماس » ص ١٧٨ و ١٧٩ .
وواضح هذه الدعوى هو القاضى الرومانى Paulus فى عصر الجمهورية الرومانية وقد سميت
باسمه .

في حالة عسر . انما اذا أهمل المدين في أن يضيف أموالا الى أمواله فلا يجوز للدائنين رفع هذه الدعوى . وهذه القاعدة الأساسية مستفادة من طبيعة هذه الدعوى التي هي دعوى ابطال تصرفات ، أى أن الغرض منها إعادة أموال المدين الى الحالة التي كانت عليها قبل تصرف المدين *statu quo ante* ففى وسيلة لا مستجماع ما تشتت من أموال المدين وليست وسيلة لاضافة أموال جديدة . وبعبارة أخرى يجب أن يكون ما تصرف فيه المدين اتصل بثروته ودخل فيها وصار ملكا له ثم خرج بعد ذلك بفعل المدين من ملكه ، فلا يعتبر مملوكا للمدين ما لم يتم التعاقد عليه نهائياً . ويدخل فيما يجوز ابطاله (١) العقود بأنواعها كالبيع (٢) التنازل عن حق مكتسب (٣) البراء من التهم (٤) الصلح الحاصل أمام المحكمة بتواطؤ المدين مع خصمه . انما لا يجوز للدائن أن يطلب إبطال الأعمال الآتية :-

(١) عدم قبول الهبة من الموهوب له (٢) عدم طلب بطلانها من الواهب لاخلال الموهوب له بشروطها (٣) عدم استرداد الحصة المبيعة على الشيوخ فى العقار المشترك (٤) عدم طالب العقار المبيع بالشفعة ^(١) . (٥) الرهن لأن الغرض منه ضمان وفاء الدين لا الاضرار بالدائنين والدائن المرتهن يعمل على انقاذ حقه والمحافظة عليه ^(٢) . (٦) إذا أوفى المدين بعض ما عليه من الديون الحالة بأن فضل بعض الدائنين على البعض الآخر ودفع اليهم كل حقوقهم مما أنقص أمواله حتى أصبحت لا تنى بسداد ما هو باق فى ذمته من الديون فيعتبر هذا الوفاء صحيحاً ولا يجوز الطعن فيه (سم ١٧ ابريل سنة ١٩١٢ ق ج ٢٤ ، ٢٨٧) ^(٣) ، وذلك لأن القانون المدنى

(١) شرح القانون المدنى تأليف فضى زغلول باشا ص ٣٦٦

(٢) نقض فرنسى ٢٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ د ١٨٨٢ ، ١٤ ، ٢٩٦ و جرينويل ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٠ د ١٩٠٠ ، ٢٤ ، ٢٧٧ وعكس ذلك فضى زغلول فى المرجع السابق .

(٣) عكس ذلك أسيوط الاجتدائية حكم استثنائى ١٦ يولية سنة ١٩١٢ عدد ١٠

لم ينظم اجراءاً جماعياً لتصفية أموال المدين المعسر وعلى كل دائن أن يعمل بنفسه لاقضاء حقوقه . واستيفاء الدائن دينه هو ثمن تسابق الدائنين في هذا المضمار (١)

وقد خرج القانون التجاري عن هذه القاعدة ففضى بإعلان الوفاء الحاصل من المفلس في فترة الريية متى كان بغير الشيء المتفق عليه . وقضى بمجواز ابطال الوفاء الحاصل بنقود في فترة الريية . وذلك لأن القانون التجاري يعامل الدائنين بالمساواة ويحرم على كل دائن اتخاذ اجراءات فردية قبل المدين . لكن يجوز للمدين أن يستدين ديوناً جديدة ويكون تعاقده صحيحاً حتى لو علم دائنوه الجدد باعساره بشرط أن لا يكون سبباً في التية . فاذا قصد بهذا التعاقد انقاص أمواله اضراراً بدائنيه فيجوز لهؤلاء الاخيرين ابطال هذه التصرفات (٧)

قسمه التركات . (م ٤٦٠ / ٥٥٧ ، ٥٥٨ ، ٥٥٩) وذلك لأنه من المهر ابطال قسمه تهم أسرة بأسرها بعد الجهد المبذول والمصاريف الجسيمة والاجراآت الطويلة التي اقضتها القسمة وبخاصة لأن القانون يجيز للدائنين دخولهم في دعوى القسمة . أما قسمه الشركات فيجوز الطعن فيها (نقض

فرنسي ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ د ١٨٩١ ، ١ ، ٢٥٢)

٦٦ - في شروط دعوى ابطال التعريفات . يكفي لرفع هذه الدعوى أن يتوافر شرطان : -

(١) أن يكون تصرف المدين ألحق ضرراً بدائنه *eventus damni*

(٢) أن يتوافر سوء القصد لدى المدين أى عليه بهذا الضرر

في الضرر (١). يجب أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائنين أى من شأنه أن يجعله في حالة عسر تمنعه من الوفاء بالتزاماته (سم ٦ نوفمبر سنة

(٢) أما إذا كان الوفاء نتيجة تواطؤ للأضرار بالعائنين (١١ يولي سنة ١٨٩٦ د،

١٨٩٦ ، ١ ، ٥١٩) أو كان الوفاء بنير الشيء المتفق عليه شمن خديس a vil prix

(٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ د ، ١٩٠٠ ، ١٦٦) فيجوز اجله

١٩٢٣ تق ج ٢٦، ٨) أو يزيد في اعساره (سم ١٥ مايو سنة ١٩١٤ تق ج ٢٧ ص ٢٣٨) والعبرة في العسر بالتاريخ الذي حصل فيه التصرف (سم ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ تق ٢٦١، ٣٢) لذلك يتعين إقامة الدليل على عسر المدين وقت التصرف أو اثبات أن هذا التصرف ترتب عليه اعساره (سم ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ تق ٣٤، ٤٥٧) فإذا حصل العسر بعد هذا التصرف لسبب آخر فلا تقبل دعوى الدائن (سم ١٧ يونيه سنة ١٩٢١ تق ج ٣٢ ص ٣٦١). وإذا كان تصرف المدين هو عبارة عن تنفيذ تعاقّد حصل منه في وقت كان فيه في حالة يسر فلا يجوز أيضاً طلب ابطال هذا التصرف. ويجوز أن يتصرف المدين عدة تصرفات لا يكفي أحدهما لاعتباره في حالة عسر لكن مجموع هذه التصرفات يجعله في هذه الحالة. فيجوز للحكمة أن تبطل هذه التصرفات إذا تبين لها أن المدين اتوى لنفسه خطة معينة يصير بها في حالة عسر ولو كان التصرف الأول لا يكفي في ذاته لايحاده في حالة عسر (سم ١٦ مايو سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ص ٤٥٤).

إنما يجب أن يكون المدين تصرف في أمواله الجائز الحجز عليها بمعرفة الدائنين فإذا كان ماتصرف فيه المدين متعلقاً بشخصه فلا يجوز للدائن ابطال هذا التصرف.

والدائن هو المكلف باثبات عسر المدين وبأن هذا التصرف زاد في عسره وبأن مايق من أمواله لا يكفي لوفاء ما عليه من الديون.

في سوء القصر (٢) والمقصود بسوء القصد هنا *Consillium fraudis* هو نية المدين في الهروب من نتائج عمل سابق أى عليه بأن تصرفه سيلحق ضرراً بدائنيه. وهذه النية لا تحتاج الى اثبات اذ يفترض في المدين سوء قصده باعتباره قرينة بسيطة *présomption de l'homme*

٦٧ - فبمجهله من ابطال التصرفات : يجب على الدائن (١) الذي يريد

(١) حكم بأن الدائن المادى فقط هو الذى يملك هذه الدعوى . لأن تصرفات المدين تخبر من الضمان الذى اعتمد عليه . أما الدائن المرتب فله حق التبع ما يجمله في غنية عن هذه

أن يطل تصرفات مدينه ان يثبت أن دينه معين ومستحق الأداء وموجود قبل هذا التصرف . فاذا نشأ الدين في ذمة المدين بعد هذا التصرف فلا يجوز إبطاله . وذلك لأن الدائن الذي تعامل مع المدين لا يمكن أن يضار بتصرف سابق على دينه (١٥ مايو تق ج ٢٧ ص ٣٢٨) لأن الدائن يكون قد تعاقد وهو عالم بأن من تعاقد معه قد تجرد من أمواله . ولا يشترط أن يكون دين الدائن ثابت التاريخ بوجه رسمى لأن غش المدين يعفى من اقامة هذا الدليل (١) .

لكن هذه القاعدة لا يمكن أن تسرى على اطلاقها . فاذا كان المدين يتوقع تحمل تعهدات مستقبلية وأخذ للأمر عدته وتصرف سلفاً في أمواله قبل أن ترتب هذه الديون في ذمته فيجوز للدائن الذى نشأ دينه بعد هذا التصرف أن يطل هذه التصرفات ولو أنها سابقة على دينه . كما لو استشر شخص بأنه سيحكم عليه في دعوى مرفوعة عليه فباع أمواله حتى لا يتمكن المحكوم لصالحه من التنفيذ على أمواله فيجوز للدائن أن يطل هذه التصرفات . وحدث في فرنسا أن زوجا هجرت زوجها لسوء معاملته وقسوته وقد توقع أن زوجه سترفع عليه دعوى انفصال ، فباع أمواله إلى أخيه حتى لا تستطيع الزوجة أن تنفذ عليه عندما يقضى لصالحها . وقد حكم بطلان هذا البيع (نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٨٩١ ، د ، ١٠٩١ ، ٣٣١) . كذلك إذا ارتكب شخص جريمة وقبض عليه من أجلها وتوقع أن المجنى عليه سيدعى مدنياً وأنه سيقضى لصالحه فباع أمواله أو وهبها سلفاً إلى أولاده فكل هذه التصرفات تعتبر باطلة . كذلك اذا وقف شخص أمواله حتى لا يتمكن دائنوه

الدعوى (سم ٨ مايو سنة ١٩١٩ ، تق ج ٣١ ، ٣٩٢) وهذا خطأ لان عبارة القانون طامة تمول كل الدائنين بلا تمييز » للدائنين في جميع الاحوال ١٤٣ م٠٠٠ ولان الدائن المرتين يعتمد على كل أموال المدين .

(١) يرى الاستاذ جوسران وجوب ثبوت التاريخ بصفة رسمية ذلك لانه من الخطل الاحتجاج بالفتش اذ المطلوب هو اثبات الفتش بالنسبة للدائن المدعى (ج ٢ بند ٦٩٦)

المستقبلون المعروفون سلفاً من التنفيذ على أمواله فيعتبر هذا الوقف باطلاً (سم ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ تق ج ٢٨ ص ٣٧٠ و ٥ يناير سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ ص ١٠٩) .

٦٨ — فبمجه تقام عليه هذه الدعوى . تصرفات المدين اما أن تكون بعقد من عقود المعاوضات *à titre onéreux* أو بعقد من عقود التبرعات *à titre gratuit* .

(١) عقود المعاوضات . اذا تصرف المدين في أمواله بعقد من عقود المعاوضات كبيع أو مقايضة فلا يجوز للدائن أن يطلب ابطال هذه التصرفات إلا إذا كان من تعاقد مع المدين شريكاً متواطئاً مع المدين للاضرار بالدائنين . والتواطؤ هو الشرط الأساسي لاقامة هذه الدعوى (سم ١١ مايو سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣ ، ٣٢٤) ، وقد يستفاد التواطؤ من علاقة المدين بمن حصل له التصرف كعلاقة الزوجية^(١) أو الصداقة أو الاتصال الذي يمكنه من الاطلاع على شئون المدين الخاصة . وعلم الدائن بعدم قيام المدين بدفع ما عليه من الديون لا ينهض دليلاً على التواطؤ . لأن بعض المدينين لا يوفون بما في ذمتهم مع قدرتهم على الوفاء^(٢) .

أما إذا كان من تعاقد مع المدين لا يعلم سوء قصد المدين ولم يشترك معه في الغش (سم ٢ مايو سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ ، ٣٧٥) فلا يجوز ابطال هذا التصرف . وذلك لأن من تعاقد مع المدين نقد المدين عوض ما أخذ ، وحق ابطال التصرفات الذي أعطاه القانون للدائن مبنى على إزالة الضرر . ومن تعاقد مع المدين بحسن نية لم يفعل ضرراً ولا قصد أن يضر أحداً

(١) عكس ذلك استئناف أهل ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٢ عدد ٤ السنة الرابعة عشرة حيث قضى بأن الزوجية لا تعتبر دليلاً على التواطؤ .

(٢) اعتبرت المحاكم المختلطة أن مجرد علم الدائن باضطراب أحوال المدين المالية كاف لتوافر شرط التواطؤ [سم ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ تق ج ٣٩ ، ٢٤١]

ولكنه استعمل حقه المقرر لكل الناس فاشترى أو قايض فن الظلم بعد ذلك أن يضار وبخاصة إذا لاحظنا أنه ليس في مقدوره أن يتقى سوء نية المدين ولا أن يطلع على قصده من تصرفه (شرح القانون المدني تأليف فدحي باشا زغلول ص ٣٦٨) .

(٢) عقود التبرعات . إذا تصرف المدين في أمواله بعقد من عقود التبرعات فيجوز للدائن أن يطلب ابطال هذا التصرف بلا حاجة إلى اثبات تواطؤ الطرف الثاني لهذا التصرف بل يكفي وجود ركن الضرر (سم ٣ مايو سنة ١٩٢٧ تق ج ٣٩ ، ٤٣٨) . وعلة ذلك هو أن المعاوضات تصرفات بمقابل فلا يجوز ابطالها إلا إذا توفر سوء نية الطرف الثاني الذي تعاقد مع المدين . أما التبرعات فابطالها لا يضر أحداً وكل ما في الأمر أنه يحرم الموهوب اليه من ربح صائر اليه بلا مقابل . ودفع الضرر اللاحق بالدائنين مقدم على جلب المنفعة التي تأتي مجاناً للغير . أو كما يقول المثل اللاتيني من يناجز لدفع مغرم *certant de domno vitando* أولى بالرعاية ممن يناجز لجلب مغنم *certant de lucro captando*

وتشمل التبرعات كل تصرف بلا عوض كالهبة والابراء من الدين والتنازل عن ملك اكتسب بمضى المدة أو عن حق انتفاع أو رهن عقارى والوقف . وقد أشارت اليه المادة ٨٦/٥٣ مدني فقالت « لا يجوز لأحد أن يوقف ماله اضراً بدائنيه وإن وقف كان الوقف لاغياً » .

وإذا خرج المال من يد من تصرف له المدين بأن تصرف إلى شخص آخر فيكون حكم الحائز الجديد حكماً من انتقل منه التصرف فإذا كان الحائز الأصلي من المدين حصل على المال بعقد من عقود المعاوضات وبمحسن نية كان التصرف الثاني صحيحاً . وإذا كان التصرف الأول باطلا بسبب سوء نية من

(١) قضى فرنسي ٢٥ يونيو سنة ١٨٩٥ د ١٨٩٥ ، ١٤ ، ٤٨٦ و ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ س ١٩١٢ ، ١٤ ، ١٠٠ و ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ س ١٩٢٧ ، ١٤ ، ٢٥٢٤

تعاقد مع المدين ثم انه تصرف إلى شخص حسن النية ، فهل يعتبر التصرف الثاني صحيحاً ؟ يرى القضاء أن دعوى ابطال التصرفات لا يتناول أثرها الحائز الثاني الحسن النية . (نقض فرنسي ٢٥ يونه سنة ١٨٩٥ د ، ١٨٩٥ ، ١ ، ٤٨٦ ، ١ سم ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ تق ج ٢٦ ، ١٧٠ ، ٣ يونه سنة ١٩٢٢ تق ٣٤ ، ٥٧ ، ٤٥٧) ومحكمة بنى سوف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ج ١ ص ٣٣١ ومصر الابتدائية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ عدد ٢١ سنة ٦) . وهو ما يعتبر خروجاً عن القاعدة الشهيرة ، إن الانسان لا يستطيع أن يملك الغير أكثر مما يملك ، لكن يجاب على هذا الاعتراض بأن الدعوى البوليسية ليست من دعاوى البطالان تماماً . وتسرى هذه القاعدة على عقود التبرعات . فاذا حصل الحائز الثاني على العقار بعقد من عقود المعاوضات من الموهوب اليه وكان حسن النية فلا يتناوله أثر الدعوى البوليسية (أوبرى وروج ، بند ٣١٣ ويودرى وباردج ١ بند ٦٦٧)

٦٩ — في حكم دعوى ابطال التصرفات : الغرض من هذه الدعوى رفع الضرر الذى لحق الدائن من جراء سوء قصد المدين فيعود المال إلى ملك المدين ويكون للدائن الذى أبطل التصرف الحق فى استيفاء دينه من ذلك المال . ودعوى ابطال التصرفات هي دعوى شخصية لأن حق الدائن شخصي ، ولا يتصور حق شخصي تسنده دعوى عينية والدعاوى العينية هي الخاصة فقط بالحقوق العينية كحق الملكية والارتفاق والرهن

والنتائج التي تترتب على هذه الدعوى مبنية على اعتبارين : —

أولاً : ان الدائن يحصل على ابطال تصرفات المدين المضارة به

ثانياً : هذا الابطال جزئى فلا يستفيد منه إلا طالبه

فيترتب على ابطال التصرف أنه يجوز للدائن أن يمجز على أموال مدينه التي توجد في يد الغير نتيجة تصرف المدين كما لو كان هذا المال في حيازة

المدين ، وأن الدائنين الشخصيين لمن تعاقد مع المدين لا يشتركون مع الدائن الطالب ، في هذه الأموال ، بل يختص بها دونهم ، لأنها تعتبر كأنها لم تخرج من حيازة المدين إلا إذا كان ما تصرف فيه المدين هو نقود فيشترك هنا مع بقية الدائنين الشخصيين لمن حصل له التصرف

ويرتب على أن هذا الإبطال جزئى أن المال الذى يسرده الدائن من الغير لا يدخل ضمن حق الضمان العام الذى للدائنين على أموال مدينهم ويستقل به الدائن الذى باشر دعوى إبطال التصرفات أو من اشترك معه من بقية الدائنين وفقاً لطرق التنفيذ المعروفة ^(١) (د ، ١٨٩٢ ، ٢ ، ١٨) وذلك لأن هذه الدعوى يقيمها الدائن باسمه الشخصى لا باسم مدينه . على أن هذه المسألة خلافية اذ يرى بعض الشراح ^(٢) أن الدائن لا يختص بهذه الأموال دون غيره بل يشترك مع بقية الدائنين ^(٣) ولكن جمهور الشراح يرى أن الدائن الذى رفع الدعوى هو الذى يختص بالأموال التى تصرف فيها المدين كذلك إبطال التصرف لا يكون إلا بنسبة الضرر الذى لحق الدائن فإذا

(١) فإذا كان إبطال التصرف خاصاً بإبراء من دين استطاع الدائن أن يحجز على الدين لدى المدين الذى أبرمت ذمته منه .

(٢) Colmet de Santerre V no 82 dis. XIV

(٣) قبل تبريراً لهذا الرأى أن دعوى إبطال التصرفات تمتد للمال الى حظيرة الضمان العام الذى لكل دائن على أموال مدينه دون أن يكون للدائن الذى أقام الدعوى حق امتياز . وإنما تشابه من هذه الوجهة الدعوى غير المباشرة ، وأن الدائن يعتبر وكيلًا عن بقية الدائنين ولذلك يستفيدون من هذه الدعوى (س ١٨٣٢ ، ٢ ، ٦٢٦) ويرد على هذا بأن الدعوى غير المباشرة تختلف عن دعوى إبطال التصرفات في كونها ترفع باسم المدين . وأن نية الوكالتمسومة . ولذلك يمين التمسك بقاعدة نسبية للمضى المحكوم به . فاقضى به بين الدائن والمدين ليس لقوة بالنسبة لبقية الدائنين الذين لم يكونوا طرفاً في الخصومة . لهذا لا يعتبر التصرف مفسوخاً إلا بالنسبة للدائن الذى رفع دعوى إبطال التصرف . لكن التصرف يبقى صحيحاً بالنسبة لبقية الدائنين . ولا يعتبر هذا امتيازاً بل هو تفرقة مقبولة بين مركزين قانونيين مختلفين . فالمال الذى تصرف فيه المدين يدخل ضمن ثروة من حصل له التصرف ويبقى بديلاً عن متناول الدائنين الذين لم يرفعوا دعوى الإبطال .

كان الضرر طفيفاً فيجوز لمن تعامل مع المدين أن يدفع إلى الدائن دينه ويستبقى مال المدين وليس للدائن أن يرفض هذا الوفاء.

ويبقى التصرف الحاصل بين المدين ومن تعامل معه صحيحاً وينتج كل آثاره القانونية . فله أن يرجع عليه بالتعويض ، وإذا بيع العقار واستوفى الدائن دينه وتبقى من ثمنه شيء فيجوز لمن تعامل مع المدين أن يستولى على القدر الباقي من هذا الثمن . ويجوز للبشترى أن يوقف تنفيذ الحكم الصادر بالبطلان بعرض مبلغ الدين على الدائن الذي أقام الدعوى (استئناف أهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ ص ٩٠ سنة ثانية)

ويسقط الحق فى إقامة دعوى إبطال التصرفات بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ حصول التصرف .

الباب الثاني

التعهد الطبيعي

٧٠ - في التمهيد الطبيعي والواجب الأدبي : التعهد الطبيعي هو تعهد متجرد من الجزاء الذي توقعه المحاكم ، فهو يحرم الدائن من اتخاذ الاجراءآت القهرية لارغام المدين على الوفاء ولذلك يكون وفاء التعهد موكولا لارادة المدين . فاذا قام بالوفاء فيها ونعمت وإذا لم يوف بمحض اختياره فليس للدائن أى سبيل عليه .

والانسان بمحض آدميته يتحمل واجبات أدية نحو بنى جنسه كساعدة الفقراء ومعالجة المرضى واغاثة الملهوفين . وهذه الواجبات مرجعها الضمير ولا تستند على أية قاعدة قانونية . ولكن توجد واجبات تزيد عن كونها واجبات أدية ويعتبرها القانون تعهدات طبيعية كما لو أهمل دائن في مطالبة مدينه المدة القانونية المسقطه للحقوق ثم تمسك المدين بالتقادم فلايلزم قانوناً بالدين ولكنه يظل ملتزماً من الوجهة الأخلاقية وهذا الالتزام أدق وأضبط من الالتزام بمساعدة الفقراء والمعوزين . وكذلك الدائن الذى لا يستطيع إثبات حقه بالكيفية التى يحتمها القانون كتحرير عقد رسمى لا يحصل على حقه بقوة القانون ولكن حقه أكثر تعييناً ولصوقاً بالثمة من الواجب الأدبي . وهذه الالتزامات وما يشابهها تسمى التعهدات الطبيعية .

وقد استعملت كلمة تعهد طبيعى obligation naturelle بدل واجب خلقى ، خشية إقصاء الاعتبارات الأخلاقية فى الحياة القانونية . لكن هذا لم يمنع القضاة من بحث الواجبات الأدية للنظر فيما إذا كانت حقيقة بأن ترقى الى مرتبة التعهد الطبيعى . ويعتبر القضاة من هذه الوجهة بمثابة رقباء على الأخلاق ، وهو ما يعيد الى الذاكرة عهد الحسبة والمحاسبين . ولم تنقيه

سلطة القاضي بمعتقدات خاصة بالنظام العام أو بأراء خلقية معتبرة للاعتراف ببعض الواجبات الأدبية واعتبارها تعهدات طبيعية بقدر ما تنقيد سلطته في الاعتراف بتعهد مدنى. ويستطيع القاضي أن يعتمد في أداء مهمته على مقياسين. الأول اجتماعى ومبناه النظر في البيئة الاجتماعية للبحث فيما اذا كان ثمت واجب أدبى خلقى بأن ينشئ رابطة قانونية. والثانى فردى ومبناه التثبت بما اذا كان من أوفى تعهداً قد أيقن في قرارة نفسه بالتزامه به. فاذا كان الجواب بالإيجاب يعتبر انه أوفى، وإذا كان بالسلب يعتبر انه تبرع. ويتعين اتباع القواعد الخاصة بالتبرعات.

٧١ - في تعريف التعهد الطبيعى : لم يعرف القانون المصرى التعهد الطبيعى ولم يستعمل هذه الكلمة بل اكتفى بالإشارة إلى الأثر المترتب عليه فقال في المادة ١٤٧/٢٠٧ مدنى : إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر وفاء لدين يعتقد ملزوميته به en vertu d'un devoir ولو لم يوجبه القانون لا يكون له استرداده ، وقد عرفه بوتيه^(١) فقال : التعهد الطبيعى هو الذى يتعهد الإنسان بتنفيذه يباحث النعمة والشرف ، فهذا التعهد لا يوجبه القانون ولا يعطى لصاحبه حق مقاضاة المدين أو التنفيذ على أمواله ولكن اذا اعتقد المدين بملزوميته بهذا التعهد ونفذه باختياره فيكون وفاؤه صحيحاً ولا يجوز له استرداد ما وفاه. وهذا الوفاء الاختيارى من جانب المدين هو الذى يثبت وجود التعهد الطبيعى. وما دام هذا التعهد غير منفذ فهو يعتبر في حكم المعلوم ، لكنه يتوكد ويبحث ويحيا عندما يتقضى بالوفاء. لذلك لا يكفى مجرد الوعد بالوفاء لاثبات وجود هذا التعهد.

٧٢ - في شروط التعهد الطبيعى : يشترط لصحة التعهد الطبيعى توافر

(١) عرف الأستاذ ريبير Ripert التعهد الطبيعى بأنه « واجب أخلاقى يرق الى الحياة القانونية المدنية » La règle « un devoir moral qui monte à la vie civile » morale no. 192

الشروط الآتية :-

- (١) أن توجد رابطة قانونية أى تعهد قائم بين دائن ومدين .
- (٢) أن لا يكون هذا التعهد ممكناً تنفيذه بالمقاضاة .
- (٣) أن يكون المدين ملتزماً بشرفه بوفاء هذا التعهد .

٧٣ — فى أنواع التعهدات الطبيعية . تنقسم التعهدات الطبيعية الى .

- (١) تعهدات مدنية استحال الى تعهدات طبيعية (٢) تعهدات طبيعية من أصلها (٣) تعهدات طبيعية مترتبة على الأحوال الشخصية (٤) تعهدات طبيعية مترتبة على أداء خدمة أو تعويض خسارة .

٧٤ — فى التعهدات المرئية التى استحال الى تعهدات طبيعية ^(١) .

وهى التعهدات المدنية الصحيحة التى فقدت بنص القانون قوتها الإلزامية فلم يعد للدائن حق رفع الدعوى للمطالبة بتنفيذها . ويعرض هذا النوع من التعهدات فى الفروض الآتية :

١ — رفض دعوى الدائن بسبب تمسك المدين بالتقادم المسقط للحقوق

(بلاينول ج ٢ بند ٦٩٢)

ب — توجيه اليمين الحاسمة الى المدين وحلفه كذباً ببراءة ذمته .

ج — رفض دعوى الدائن بسبب خطأ مادى ارتكبه القضاة .

د — التصالح مع التاجر المفاس بالتجاوز له عن جزء مما عليه من الديون و *remise concordataire* فيظل هذا التاجر ملتزماً إلزاماً طبيعياً بالنسبة للقدر الذى أبرئت منه ذمته ^(١)

ه — ابطال عديم الأهلية التعاقد بناء على طلبه كما لو حجر على شخص لعته فهو يستطيع أن يبطل التعهد الذى تحمله مع أنه قد يكون تعاقد فى فترة كان فيها عقله سليماً .

(١) كتابا شرح القانون التجارى ج ٢ بند ٣٧٠ وتالير بند ٢٠٩٩

ومبنى رفض دعوى الدائن في هذه القروض القرائن القانونية التي أقامها القانون لمصلحة المدين . وقد تكون هذه القرائن غير متفقة مع الحقيقة فيستفيد منها المدين لكنه يبقى ملتزماً بشرفه . وإذا أوفى فهو لا يعتبر أنه قام بعمل من أعمال البر والأحسان ولكنه قام بوفاء صحيح لا رجعة فيه .

٧٥ - التعهدات الطبيعية من أصلها . (٢) وهي التعهدات الطبيعية بأصل خلقها والتي لم يكن في وقت من الأوقات جائز تنفيذها رغم إرادة المدين . وتقع هذه التعهدات في الغالب عند ما يحتم القانون القيام بأجراءات معينة كتنفيذ عقد رسمي لصحة الهبة (م ٤٨ / ٧٠ مدني) ، فإذا لم تتبع هذه الاجراءات فلا ينشأ تعهد مدني . فإذا توفي الواهب قبل أن يحرر الهبة في عقد رسمي ورأى الورثة أنهم ملزمون بتنفيذ إرادة مورثهم ونفذوا الهبة فلا يستطيعون أن يستردوا ما دفعوه بحجة أنهم دفعوا ما لا يجب . وذلك لأن التزامهم يعتبر طبيعياً . وما يقال عن الهبة يقال عن الوصية التي لم تستوف شروطها الشكلية .

والعقود الباطلة لارتكابها على سبب مخالف للاداب لا يترتب عليها تعهد طبيعي . فالتعهد بدفع مبلغ من النقود لارتكاب جريمة هو تعهد مخالف للاداب وتبعاً لا يترتب عليه تعهد طبيعي . ويحرم القانون الاتفاق على فائدة تزيد على المائة تسعة (م ١٢٥ / ١٨٥ مدني) وتعهد المدين بأن يدفع أكثر من الفائدة القانونية لا يجعله ملتزماً بتعهد طبيعي ويجوز له أن يسترد مادفعه زيادة عن الفائدة القانونية .

٧٦ - دين القمار : اختلفت الآراء فيما إذا كان دين القمار يعتبر تعهداً طبيعياً أم لا . وقد نص القانون الفرنسي على أن الخاسر لا يجوز له أن يسترد ما دفعه باختياره وبدون غش (م ١٩٦٥ و ١٩٦٧ مدني فرنسي) . ويرى بعض الشراح أن سبب عدم الرد هو أن دين القمار يعتبر تعهداً طبيعياً (أوبري وروج

٦ بند ٣٨٦ ص ٦٦ طبعة خامسة) ويعترض على هذا الرأي بأنه إذا أريد إقامة تعهد طبيعي على انقضاء التعهد المدني فإن التعهد الأول يكون غير مشروع وباطل كالتعهد الثاني . ولما كان البطلان هنا متعلقا بالنظام العام فيكون من غير المفهوم اجازة تنفيذ التعهد الطبيعي . ويرى فريق آخر أن سبب عدم الاسترداد يرجع إلى أن القانون يعتبر سبب التعاقد منافياً للاداب لحد أنه يمنع المحاكم من النظر في دعوى أساسها دين قمار إما للبطلانية بهذا الدين أو لاسترداد ما دفع منه إختياراً^(١) . ويستفاد من الأعمال التحضيرية أن واضعي القانون الفرنسي كانوا يعتقدون هذه النظرية حتى أن القائلين بأن دين القمار يولد تعهداً طليعياً يرون أن هذا التعهد هو من نوع خاص . وبسبب اعتبار دين القمار قائماً على سبب غير مشروع لا يجوز تجديد هذا التعهد أو تصحيحه بالمصادقة (سم ١٩٠٢ تق ج ١٤ ، ١٣٤) كذلك لا يجوز أن يرد على هذا التعهد تعهد إضافي أو كفالة (م ٩٦٦/٤٠٥ مدني) ولكن اذا تحررت بدين القمار كميالة وتداولت حتى وصلت الى حامل حسن النية فلا يستطيع المسحوب عليه أن يدفع في مواجهة حاملها بدفع القمار عملاً بالقاعدة التجارية المعروفة وهي أن التظهير يظهر الكميالة مما عليها من الدفع .

ولم يتعرض القانون المصري لمسائل القمار والرهان ولكن قانون العقوبات نص على معاقبة كل من يفتح محلاً للألعاب القمار والنصيب بدون تصريح بالجنس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بدفع غرامة لا تتجاوز خمسين جنماً مصرياً أو باحدى هاتين العقوبتين (م ٣٠٧ و ٣٠٨ / ٣١٦ و ٣١٧) .

وترى المحاكم المختلطة أن دين القمار غير لازم بحسب قواعد الانصاف والقانون الطبيعي المسلم بها في معظم الشرائع الحديثة (سم ٢٥ يناير سنة ١٨٩٧ تق ١٩٤ ، ٩) .

(١) تطبيقاً لقاعدة « لا يجوز للإنسان أن يرتب حقاً على عمله الدائن » كذلك لا محل لارجاع دين القمار الى فكرة « العرف » لان هذا العرف الزائف الذي قرره بعض الاوساط الراقية mondain لا يجوز أن يكت صوت الضمير وأن يحيل الرذيلة الى واجب خلق .

وتقتضى معظم الشرائع الأجنبية بعدم استرداد الرهان (ألمانيا م ٧٦٢
مدن وسويسره م ٥١٣ و ٥١٤ قانون التعهدات)

٧٧ — التعهدات الطبيعية المترتبة على الأحوال الشخصية . (٣) تنشأ
بعض التعهدات المدنية من قوانين الأحوال الشخصية كالنفقة المنصوص عليها
في المواد ١٥٥ — ١٥٧ / ٢١٧ — ٢٢٠ مدني . والأحوال التي تجب فيها النفقة
محدودة بحكم القانون ، فالأخ لا يلتزم التزاماً مديناً بالاتفاق على أخيه . ولكن
هل يلتزم الانسان التزاماً طبيعياً بمساعدة أقاربه الذين ليس لهم الحق قانوناً
في المطالبة بالاتفاق عليهم ؟ يجيب الشراح في فرنسا بالإيجاب (أوبري
وروج ٤ ص ٨ الطبعة الخامسة) . على أن هناك فريقاً آخر ينازع في صحة
هذا الرأي بحجة أنه يصعب تعيين الأقارب الذين يلتزم الفرد بأن يعولهم
ويعتبر التزام الأب بتقديم مهر إلى ابنته Dot التزاماً طبيعياً وليس هبة
(سم ٢٦ ابريل سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ص ٣٨٧) .

٧٨ — التعهدات الطبيعية المترتبة على تادية خدمة أو تعويضه فسارة .
(٤) يحدث أحياناً أن يقوم شخص بخدمات في ظروف لا تسمح له بأن
يطالب قانوناً بثمن ما قدمه من خدمات ، كما أنه يحدث أن شخصاً يلحق ضرراً
بآخر دون أن كان نسبة خطأ اليه . فاذا أعطى الطرف المستفيد شيئاً إلى الطرف
الثاني فلا يعتبر ذلك تبرعاً ولكنه عوض ماقام به هذا الأخير *quid pro quo*
ويعتبر جزاء على الخدمة التي اتفق بها . وكذلك اذا أعطى الشخص الذي ألحق
ضرراً بآخر شيئاً فيعتبر ما أعطاه تعويضاً وليس تبرعاً أو هبة واذا أئخذ
شخص آخر من الفرق وأعطاه مبلغاً من المال فوق ما يستحق فلا يعتبر ذلك
تبرعاً بل وفاء لدين . والشخص الذي يقوم بخدمة جاره المريض ، أو القريب
الذي يدير منزل قريه بلا أجر أو الطبيب الذي يبذل في العناية بمريضه .
كل هذه الأحوال وما يشابهها تعتبر تعهدات طبيعية (بلانيول ج ٢ بند ٣٤٥)

ويكفي أن يكون العمل في مصلحة الغير لنشوء تعهد طبيعي . وحكم بأنه اذا تعهد مستصنع أن يدفع الى مستخدم جزءاً من مرتبه أثناء تأدية الأخير خدمته العسكرية فيعتبر تعهده طبيعياً ولا يعتبر تبرعاً . (سم ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ تق ج ٣٢ ص ٢٣٧) .

٧٩ - فيما يترتب على التعهدات الطبيعية : أن الأثر الوحيد الذي ذكره القانون هو عدم جواز الاسترداد أى صحة الوفاء لتعلقه بدين لازم . في الذمة . ولكن القانون لم ينص على هذا الأثر على سبيل الحصر . ومن المتفق عليه أن التعهدات الطبيعية يترتب عليها : -
(١) تنفيذ التعهد يعتبر وفاء لدين ترتب في الذمة . ولا لزوم لأن تتبع القواعد المتعلقة بالهبة

(٢) من حيث أن التنفيذ يعتبر وفاء وأنه لا يجوز الاسترداد فالوفاء لا يغير من صفة هذا التعهد فيجعله الى تعهد مدنى فاذا استحق الغير موضوع التعهد فليس للموفى اليه الرجوع بالضمان على الموفى .
(٣) لا يعتبر الوفاء الجزئى اعترافاً بمدنية التعهد واذا كان التعهد الطبيعي يجوز تجديده بتعهد مدنى لكن الوفاء الجزئى لا يعتبر بمثابة تجديد له .

(٤) يشترط لصحة الوفاء أن يكون حاصلًا باختيار المدين فاذا توافر هذا الشرط فلا يجوز الاسترداد والمقصود بالوفاء الاختيارى هو أن لا يكون حاصلًا نتيجة غش أو اكراه بل يجب أن يكون الدائن عالماً بأنه يدفع ديناً لا يمكن قهره قانوناً على دفعه . فاذا دفع المدين على اعتقاد منه بأن تعهده مدنى فيجوز له أن يسترد ما دفعه (أو برى وروج ٦ بند ٤٤٢ وسم ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ ، ٣٣ ، ٤٦)

(٥) يجوز تجديد التعهد الطبيعي بتعهد مدنى ويعتبر التجديد في هذه

الحالة إعترافاً بصحة التعهد^(١) كما لو وقع المدين على سند اذني فالتعهد الذي تحمله بتوقيعه على هذا السند لا يعتبر تبرعاً بل تعهداً مدنياً صحيحاً . (أوبرى وروج ٤ بند ٢٩٧ وعكس ذلك لوران ج ١٧ رقم ٢٨ و ٢٩) . كذلك يجوز أن يضمن التعهد الطبيعي بكفالة (قارن م ٤٩٦ / ٦٠٥ مدني وبلائيول ج ٢ بند ٣٤٠ وبودري وبارد تعهدات بند ١٦٧٦) ^(٢) ويجوز أن يضمن التعهد الطبيعي برهن عقارى (أوبرى وروج ٤ بند ٢٩٧) (٦) اذا استجمع شخصان صفتي الدائنية والمديونية وكان دين أحدهما طبعياً فلا تقع المقاصة في هذه الحقوق المتقابلة . لأن المقاصة نوع من الوفاء القهرى والمدين بتعهد طبيعى لا يمكن قهره على الوفاء (٧) لا يجوز للدائن صاحب التعهد الطبيعى أن يستعمل حق الحبس فى الاحوال التى يميزها القانون (٨) ينتقل التعهد الطبيعى بالميراث الى ورثة الدائن وقد يوفيه ورثة المدين من تركته

(١) سم ٣٦ مايو سنة ١٩٢٠ تق ج ٣٢ ، ٣٣٧ بشرط أن تكون نية التجديد صريحة وظاهرة (سم ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٥ تق ج ٣٧ ، ٤٩٨) .
(٢) تنفى السادة يطلان الكفالة اذا كان الدين المكفول به إطلائاً لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين . ومعنى ذلك أن عديم الأهلية يعتبر متحملاً لتعهد طبيعى يصلح لأن يكون أساساً للكفالة . وقياساً على هذا التمس قيل بصحة رهن المتقول أو الرهن التأمينى عن دين طبيعى . ويرى الأستاذ جوسران (ج ٢ بند ٧١٥) عدم التزام الكفيل وعدم صحة الرهن على نوعيه . لأن الكفيل لا يلتزم إلا إذا كان دين المكفول صحيحاً . وأن التأمينات على اختلاف أنواعها هى عقود تبعية تتبع الالتزام الأصيل وجوداً وعدماً . وليس من المقول أن يكون الحق التبعي أقوى أثرأ من الحق الأصيل . ولكن هذا الرأى مدفوع بان المقول لا يكفى لاغفال خصوص القانون أو تشويه الروح الظاهرة فيه .

الباب الثالث

التعهدات الاجلية والشرطية

اقرضنا في كل ما تقدم أن التعهد منجز ، وشرحنا النتائج المترتبة على هذا التعهد . وسنشرع الآن في الكلام على التعهد المقترن بأجل أو بشرط والنتائج المترتبة عليه

الفصل الاول - التعهدات الاجلية

٨٠ - تعريف . الاجل هو أمر مستقبل محقق الحصول يتوقف عليه نفاذ التعهد أو سقوطه . وقد يتحدد الاجل سلفاً *terme certain* كالكميالة المستحقة الدفع في تاريخ معين أو بعد انقضاء مدة معينة من تاريخ انشائها . وقد لا يمكن تعرف الاجل سلفاً *terme incertain* كما لو تعهد شخص بدفع مبلغ عند وفاة شخص معين . وأخيراً قد يكون الاجل غير محدد كما لو تعهد مدين بالوفاء عند الميسرة . وتملك المحاكم في هذه الحالة تحديد الاجل الذي تراه مناسباً ومتفقاً مع مقدرة المدين على الوفاء ^(١) . والخلاصة أن هو أمر مستقبل محقق الحصول ولو أن تاريخ حصوله قد لا يعرف سلفاً بالدقة .

٨١ - في الاجل التوقيفي والفاسخ . بوصف الاجل بأنه توقيفي اذا ترتب

(١) تعلق الوفاء بإدارة المدين لا يحيل الاجل غير المعين الى شرط ارادى (سم ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ تق ج ٣٦ ، ١٤ و ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ تق ج ٣٦ ، ٢٩ و ٣٠ ، ١٩٠٦ ، ٢٨ ، ٢٩ و ٣٠ ، ١٩١٣ ، ٢ ، ١٢٦)

عليه تأخير البدء في التنفيذ . كالوصية التي تدفع إلى شخص عند بلوغه سن الرشد أو البيع المؤجل الوفاء به إلى شهر . والأجل الفاسخ هو الذي يترتب على وقوعه أى انتهائه زوال أو سقوط التعهد كالايجار المعقود لمدة ثلاث سنوات أو المرتبات المقررة لمدة الحياة . فالأجل الفاسخ هو انقضاء السنة الثالثة ووفاء الشخص الذي تقرر له المرتب

٨٢ - في مصادر الأجل . ينقسم الأجل من حيث مصدره إلى أجل اتفاق وأجل قضائي (م ١٦٨ و ٣٣٣/ ٣٣١ و ٤١٥ مدني) . فالأجل الاتفاق هو الذي يحصل باتفاق المتعاقدين . والأجل القضائي هو الذي تمنحه المحكمة إلى المدين . وهما يختلفان في نتائجهما وفي سقوطهما . (١)

٨٣ - في الأجل الاتفاق . الأجل الاتفاق le terme conventionnel هو نتيجة اتفاق المتعاقدين ويكون عادة صريحاً وتقدر مدته بعدد معين من الوحدات الزمانية (يوم ، أسبوع ، شهر ، سنة) أو بتاريخ معين . وقد يكون ضمناً كما لو كان التعهد لا يمكن تنفيذه فوراً فيتمين الأجل طبقاً لما يقضى به عرف البلد أو تقدره المحكمة تبعاً للظروف (سم ١١ ابريل سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ، ٣٦٠) .

٨٤ - فمعى بتنفيذ الأجل . الأصل أن يكون الأجل لمصلحة المدين . وهو عبارة عن مهلة تمنح له ليتمكن من الوفاء لذلك يستطيع المدين الوفاء قبل حلول الأجل إلا إذا كان العقد يمنع ذلك (م ١٠١ / ١٥٥ مدني) ويجوز أن يكون الأجل لصالح الدائن وحده كما في حالة الوديعة (م ٤٨٢ / ٥٩٠ مدني) لأن حفظ الوديعة يحصل لمنفعة المودع وكالقرض المكفول برهن عقارى لأن الدائن يجد فيه وسيلة لتوظيف نقوده مدة معينة .

(١) قد يكون الأجل قانونياً terme légal وهو الذي يمنحه للمرع في ظروف خاصة وفقاً للمدنيين كاحوال التأجيل الجبرى للوفاء بالنسبة لعقود الايجار ، أو الاوراق التجارية .

وأخيراً يجوز أن يكون الأجل مشروطاً لصالح الطرفين المتعاقدين كاليوع
الآجلة في بورصة العقود المنسأة حيث يستفيد البائع من الأجل ليتمكن من
الحصول على ماباعه ويستفيد المشتري من الأجل ليتمكن من تدير الثمن .

٨٥ — في الآثار المترتبة على الوفاء . ستقصر القول على الآثار
المترتبة على الأجل التوقيفي على أن نعود إلى دراسة الأجل الفاسخ عند
الكلام على أسباب انقضاء التعهدات .

لا يؤثر الأجل التوقيفي في وجود التعهد لأنه حاصل من يوم الالتزام
ولكنه يؤخر تنفيذ التعهد . يترتب على ذلك تيجتان وهما أن الأجل يؤخر
الوفاء وأن التعهد موجود رغماً عن وجود الأجل .

(١) في آثار الأجل في التعهد . يظهر أثر الأجل بالنسبة للتعهد من
ثلاثة وجوه وهي عدم الاستحقاق وعدم التقادم واستحالة الوفاء .

١ — عدم الاستحقاق . إذا اقرن التعهد بأجل فلا يكون الوفاء
مستحقاً في الحال . والتأخير في الوفاء هو نتيجة منح الأجل وبخاصة لأن
الأجل يكون في الغالب لمصلحة المدين . ويعتبر الأجل من هذه الوجهة دفعاً
exception يجوز للمدين ابدأؤه في مواجهة الدائن إذا طالبه قبل حلول الأجل
فالأجل يمنع الدائن من المطالبة ما دام الأجل لم يحل بعد .

ب — عدم التقادم . يترتب على عدم الاستحقاق عدم سقوط الحق في
المطالبة بمضى المدة وذلك لأن التقادم المسقط للحقوق يسرى فقط على الدائن
المهمل الذي يسكت عن حقه بلا مطالبة مع استطاعته ذلك (م ٢٠٤ / ٢٦٨
مدني) . والأجل يمنع الدائن من المطالبة لذلك يتعين أن يقف بدء سريان
مضى المدة حتى يحل الأجل .

ج — استحالة الوفاء . إذا كان الأجل مقررراً لمصلحة الدائن وحده
فيمتنع الوفاء على المدين قبل حلول الأجل إلا اذا قبل الدائن ذلك . فليس
الممنوع فقط حق الدائن في المطالبة ولكن الممنوع ايضاً عرض الدين أى

الوفاء أو التنفيذ الاختيارى للتعهد .

(٢) فى آثار التعهد أثناء الأجل . يبقى التعهد قائماً أثناء الأجل ينبى على ذلك أن التعهد ينتج كل آثاره فى الحال عدا التنفيذ القهرى . وأهم هذه النتائج هى صحة الوفاء الاختيارى ، وفى هذا تقول المادة ١٥٥/١٠١ مدنى . « اذا كان للتعهد أجل جاز للتعهد الوفاء قبل حلوله إلا إذا كان العقد يمنع ذلك » . فإذا كان موضوع التعهد مبلغاً من النقود ودفعه المدين الى الدائن فلا يجوز للمدين أن يسترد مادفعه بعد ذلك . وذلك لأن الوفاء يسقط التعهد ويلاحظ أن من بنى ديناً لم يترتب فى ذمته يجوز له استرداده *Condictio indebiti* . أما الدين الذى يدفع قبل حلول الأجل فلا يمكن استرداده وذلك لأن المدين دفع ما تعهد به وعلى ذلك ، فلا يبحث فيما اذا كان المدين دفع اختياراً أو خطأ كما لو كان يظن أن الأجل حل مع أنه لم يحل بعد أو كمالو كان يحل وجود الأجل .

٨٦ — كيف ينقضى التعهد الإجمالى . يستحق وفاء التعهد عند انتهاء الأجل ويقال فى هذه الحالة أن الوفاء حل ميعاده وأصبح التعهد واجب الاداء كما لو كان منجزاً .

لكن الأجل يسقط ويحل الدين فى حالتين (١) فى حالة تنازل من اشترط الأجل لمصلحته *renonciation* (٢) سقوط الأجل *déchéance* بسبب افلاس المدين أو اعساره أو اضعاف التأمينات المقدمة منه .

(١) التنازل عن الأجل . يملك العاقد الذى شرط الأجل لمصلحته التنازل عن الأجل فيعرض أو يطلب الوفاء حالا . فإذا كان الأجل مقررأ لمصلحة أحد العاقدين فيجوز له أن يتنازل عن الأجل بمحض ارادته . وإذا كان الأجل مقررأ لمصلحة طرف فى التعاقد فلا يملك أحد العاقدين التنازل عن الأجل بل يجب اتفاق الطرفين على ذلك ولا يكون ذلك إلا باتفاق جديد يزيل الشرط الخاص بالأجل .

ولا يذكر عادة في العقود من هو الطرف الذي تقرر الأجل لمصلحته لكن القانون أقام قرينة من مقتضاها أن الأجل يتقرر غالباً لمصلحة المدين (م ١٥٥/١٠١ مدني) إلا إذا كان الغرض من التعاقد يمنع ذلك. فإذا كان الغرض بدون فائدة فيعتبر الأجل لمصلحة المدين. والأجل في الوديعة الاختيارية يعتبر في مصلحة المودع (م ٨٢٤/٥٩٠ مدني) حتى لو كان مشروطاً أن يعنى الوديع بحفظ الشيء مدة معينة من الزمن. ولكن الظروف أو شروط العقد قد يبين منها أن العقد في مصلحة الدائن والمدين كالقرض بفائدة.

٨٧ — في سقوط الأجل : إذا تعهد المدين بشيء لأجل معلوم وظهر إفلاسه أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التي كانت محلاً لوفاء التعهد فيستحق ذلك الشيء فوراً قبل حلول الأجل، (م ١٠٤/١٥٦ م).

(١) إفلاس أو اعسار المدين ^(١) إذا أفلس المدين فلا يمكنه أن ينتفع بالأجل الذي تقرر لمصلحته. وقد قرر القانون التجاري هذه القاعدة في المادة ٢٢٩/٢٢١. ووقوف التاجر عن الدفع يكفي لحرمانه من الأجل. وسبب حرمان المدين من الأجل في حالة الإفلاس هو ضرورة تصفية أموال المدين ومعرفة مقدار ديونه مرة واحدة. ويلاحظ من جهة أخرى أن الدائن لا يمنع أجلاً لمدينه إلا لثقتة بملامة المدين والإفلاس يزيل هذه الثقة

ولم تعرض القانون لحالة المدين الذي يصبح معسراً. ولكن من الأمور المتفق عليها في فرنسا أن كلمة « إفلاس faillite » تشمل حالة الاعسار وقد استعملت كلمة إفلاس في القانون المدني للدلالة على الاعسار وقد قيل أثناء الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي أن المقصود من الإشارة إلى

(١) أنظر كتابنا « الأوراق التجارية وأعمال البنوك والإفلاس » ص ٢٣٢ وما بعدها

الافلاس في القانون المدني إفلاس غير التاجر^(١). والذي يدل على أن القانون المصري قصد أن يدل على حالة الاعسار بكلمة « إفلاس » هو ما جاء في المادة ٢٨١/٣٥٣ مدني. « إذا قلت التأمينات المعطاة من المشتري لدفع الثمن أو صار في حالة اعسار يترتب عليه ضياع الثمن على البائع جاز للبائع المذكور حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن فيه إلا إذا أعطاه المشتري كفيلاً ». ويمكن اعتبار هذه المادة تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ١٠٢/١٥٦ مدني

ولكن كيف تثبت حالة الاعسار ؟ يعتبر الدائن في حالة اعسار اذا كانت أمواله لا تكفي لدفع ما عليه من الديون الظاهرة. وإنما إذا اضطربت أحوال المدين المالية بصفة مؤقتة ولم يستطع أن يفي بدين معين فلا يكفي ذلك لاعتباره في حالة اعسار. وقد اختلفت الآراء فيما إذا كان الأجل يسقط بمجرد الاعسار أم أنه يشترط ثبوته بحكم قضائي: والرأي المعقول هو أن سقوط الأجل لا يثبت بحكم قضائي إلا اذا نوزع في الوقائع المكونة للاعسار (بند ٢٩) ويجوز للحكمة أن ترجع سقوط الأجل إلى تاريخ رفع الدعوى^(٢) (بهذا المعنى ٣٠ مارس سنة ١٨٩٢ س ، ١٨٩٢ ، ١ ، ٤٨١ ، وتعليق Labbé) .

(٢) في أضعاف التأمينات . اذا فعل المدين أمراً يوجب اضعاف التأمينات الخاصة *surésos Speciales* التي كانت محلاً لوفاء التعمد فيستحق الوفاء فوراً قبل حلول الأجل كما لو هدم المنزل المرهون أو قطع أشجاراً من

(١) « On peut faillir sans être commerçant à la vérité, la fail- lite alors est appelée déconfiture, mais peu importe la vérité lorsque la chose est la même », Loaré XII P. 162

وقد استقر رأي القضاء الفرنسي على اعتبار الاعسار مثابها للافلاس (تقريري ٣٠ مارس سنة ١٨٩٢ د ، ١٨٩٢ ، ١ ، ٢٨١ ، وتعليق بلانزول ٦ فبراير سنة ١٩٠٧ د ، ١٩٠٨ ، ١ ، ٤٠٨) .

(٢) من هذا الرأي الأستاذ بلانزول في تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية (د ، ١٨٩٢ ، ١ ، ٢٨١) عدم وجوب صدور حكم بسقوط الأجل .

غاية أو حديقة مرهونة . إنما اذا كانت تأمينات الدائن هي الضمان العام *gage général* الذى له على كل أموال مدينه وتصرف المدين فى بعض أمواله فلا يسقط الأجل لأنه لا يجوز الحظر على المدين التصرف فى أمواله (سم ٦ ابريل سنة ١٩٢٠ تق جزء ٣٢ ، ٢٥١)

ويجب أن يكون أضعاف التأمينات نتيجة فعل المدين فاذا حدث بقوة قاهرة كحريق أو جناية وقعت من الغير فلا يسقط الأجل إنما يستثنى من ذلك الحالة التى أشارت اليها المادة ٥٦٢ / ٦٨٦ مدنى . اذا هلك العقار المرهون على الدين أو حصل فيه خلل بمحاذة قهرية أو جبت الشك فى كفايته للتأمين فعلى المدين أن يرهن عقاراً غيره كافياً للتأمين أو أن يؤدى الدين قبل حلوله أجله وله الخيار فى ذلك ويكون الخيار المذكور لرب الدين اذا كان الهلاك أو الخلل حاصلًا بتقصير المدين أو الحائز للعقار . وهذه المادة تسرى على الخلل المادى فلا تسرى على الحالة التى تنقص فيها قيمة العقار بسبب ظروف اقتصادية . وكذلك تقضى المادة ٥٠٠ / ٦١٠ مدنى من جهة أخرى بأنه « اذا تعهد المدين تعهداً مطلقاً باعطاء كفيل سواء كان التعهد حاصلًا باتفاق بينه وبين الدائن أو أمام المحكمة وأعسر الكفيل الذى قدمه وجب على المدين استبداله بكفيل آخر »

واذا رفض المدين تقديم التأمينات التى تعهد بتقديمها فيسقط الأجل الممنوح له لأن ذلك يعتبر بمثابة هلاك كل التأمينات (دويه ٢١ نوفمبر سنة ١٨٤٦ ١٨٤٧ . د ٢٠ ، ٢٨) وسقوط الأجل بسبب اضعاف التأمينات التى وعد بتقديمها لا يكون أبداً بحكم القانون . بل يجب طلبه من المحكمة التى لها أن تقضى أو لاتقضى به بعد بحث وقائع الحال (جوسران ج ٢ بند ٧٣٦)

٨٨ — فى كيفية اقتساب الأجل . لا يدخل اليوم الأول *dies a quo* فى الأجل ولكن اليوم الأخير يحتسب ضمن الأجل *dies ad quem* فاذا تعهد المدين بالوفاء فى أول يونيه فلا يمكن مطالبته إلا فى ٢ يونيه لأن كل

يوم أول بونيه يدخل في الأجل . وإذا تعهد المدين في أول أبريل أن يفى في ظرف عشرة أيام فلا يحسب أول أبريل في الأجل ولا يصير التعهد مستحق الوفاء إلا في يوم ١١ أبريل ولما كان المدين لا يجوز اعتباره متأخراً إلا في آخر دقيقة من يوم ١١ أبريل لذلك لا يمكن مقاضاة المدين إلا في يوم ١٢ أبريل .

٨٩ - في الإرجل الفضائي^(١) . (٢) تقضى المادة ١٦٨/٢٣١ مدني «... إنما يجوز للقضاة في أحوال استثنائية أن يأذنوا بالوفاء على أقساط أو بميعاد لا تقبل إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين » . وتمنح المحاكم هذا الأجل رفقاً بالمدين وتخفيفاً للشدة التي يريد الدائن القاسي أن يقابل بها مدينه السيء الحظ الحسن النية . وتملك المحاكم منح المدين أجلاً للوفاء حتى لو كان التعهد منجزاً . ويجب على المدين أن يطلب الأجل عند نظر الدعوى فإذا صدر الحكم في الدعوى الخاصة بالتعهد فلا يستطيع بعد ذلك أن يطلب منحه أجلاً لأن المحكمة تكون قد استفدت اختصاصها ولا تستطيع بعد ذلك أن تعدل الحكم بعد صدوره

وقد خرج القانون التجاري عن هذه القاعدة المقررة في المادة ١٦٨/٢٣١ مدني فقضى في المادة ١٥٦/١٦٣ بأنه « لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة لدفع قيمة الكمبيالة » ويسرى هذا الحكم على السند الاذني أو الذي لحامله المعتبر من الأوراق التجارية . وكذلك يسرى على استعمال حق الاسترداد في بيع الوفاء (م ٣٤٢/٤٢٧ مدني) .

ولا يجوز الاتفاق على حرمان المدين من طلب هذا الأجل لتعلقه بالنظام العام . وإذا كان سيد الدائن سند واجب التنفيذ وهو المشمول بالصيغة التنفيذية فيجوز للمدين أن يرفع الأمر الى المحكمة ويطلب منحه أجلاً للوفاء .

٩٠ - في آثار الاجل القضائي . لا يمنع الاجل القضائي من المقاصة .
أما الاجل الاتفاقى فهو يمنع من المقاصة . والاجل القضائي لا يمنع الدائن .
من توقيع الحجز التحفظى (سم أهلى ٢٨ ابريل سنة ١٩٠٣ ج ٢٠ ص ٢٣١)
بخلاف الاجل الاتفاقى . ويسقط الاجل القضائي بأسباب سقوط الاجل
الاتفاقى كالأفلاس واضعاف التأمينات والحجز على منقولات المدين بمعرفة
دائنين آخرين .

الفصل الثانى - فى التعهدات الشرطية

٩١ - فى تعريف الشرط . الشرط هو تعليق وجود أو زوال علاقة
قانونية على حصول أمر مستقبل غير محقق (١٠٣ / ١٥٧ مدنى) فنتيجة
التعهد الشرطى غير محققة لأن الأمر الذى يترتب عليه وجود أو زوال
التعهد محتمل الحصول . وينقسم الشرط الى شرط فاسخ وشرط توقيفى .
٩٢ - فى مميزات الشرط . يتميز الأمر الذى يكون موضوع
الشرط بالمميزات الآتية :-

(١) يجب أن يكون الأمر مستقبلا . لأنه اذا كان الأمر حصل فعلا
على غير علم المتعاقدين فلا يعتبر التعهد شرطياً فينشأ التعهد أو يزول منذ
اللحظة التى تم فيها التعاقد كما لو تعهدت أن أبيعك فى أول ابريل فخا بشرط
أن تصل السفينة سالمة الى ثغر اسكندرية . وفى يوم أول ابريل كانت السفينة
راسية فى الثغر على غير علم المتعاقدين فلا يوجد هنا ما يمنع من انعقاد العقد .
ولكن اذا فرضنا أن السفينة غرقت فى أول ابريل على غير علم المتعاقدين
فلا يوجد هنا شرط أو بيع لأنه فى الوقت الذى حصل فيه الاتفاق كان
موضوع التعاقد معدوماً .

(٢) يجب أن لا يكون الأمر المستقبلي محقق الحصول . لا يوجد شرط إذا كان الأمر المستقبلي محقق الحصول حتى لو كان تاريخه غير معروف كما لو تعهد شخص بأن يعطى آخر مبلغاً من النقود اذا توفي فلان . فالوفاة حقيقة ونية العاقدين هي تأجيل الوفاء حين وقوع الأمر المستقبلي . لذلك لا تعتبر الوفاة شرطاً بل أجلاً . كذلك عقود التأمين على الحياة لا تشمل على شرط بل أجل وهو وفاة المستأمن .

(٣) يجب أن لا يكون الأمر المستقبلي مستحيلاً . يجب أن يكون الأمر ممكن الحصول . فإذا كان مستحيلاً كان التعهد باطلاً . وذلك لأن من يعلق وفاء تعهد على حصول أمر مستحيل لا يرغب في الواقع نفاذ التعهد كما لو تعهد شخص أن يدفع الى آخر ألف جنيه إذا صعد الى القمر . فمثل هذا الشرط يتعذر حصوله لأنه مضاد للقوانين الطبيعية ويدل على جنون أو عته من اشترط هذا الشرط .

أما اذا تعهد شخص بأن يدفع الى آخر مبلغ ألف جنيه اذا لم يصعد الى القمر . أو اشترط عليه استرداد المبلغ إذا بعث فلان من قبره فيعتبر التعهد منجزاً لأنه ظاهر أن الشرط مستحيل التنفيذ ، ويسمى الشرط المستحيل .
condition impossible.

(٤) يجب أن لا يكون الأمر مخالفاً للقوانين والآداب . اذا كان الشرط مخالفاً للقانون أو غير متفق مع الآداب فيكون التعهد باطلاً ويسمى الشرط غير الجائز condition illicite ولا يترتب على عدم وفاء التعهد تعويض الدائن . كما لو تعهد شخص بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود . فالتعهد باطل .

ويجوز أن لا يكون الأمر مخالفاً للقانون ولكن الشرط يعتبر غير جائز لمخالفته للنظام الاجتماعي كما لو تعهد شخص باعطاء آخر مبلغاً من النقود بشرط أن لا يتزوج والسبب هو أن هناك حقوقاً سياسية وشخصية لا يمكن

بمجال من الأحوال أن يحرم منها بإرادة الغير وكل شرط يسلب بعض أو كل هذه الحقوق يعتبر غير جائز. لذلك لا يجوز أن يكون محلاً للشرط كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب.

(٥) يجب أن لا يكون الأمر موكولاً لمحض إرادة المتعهد. ويسمى

الشرط الإرادى *condition potestative* وهو الذى يكل الأمر لإرادة أحد المتعاقدين. وهذا الشرط مبطل للتعهد وذلك لأن التعهد هو رابطة قانونية تنفضى بفعل أمر أو بالامتناع عن أمر. وتتنافر طبيعة التعهد مع تعليقه على محض إرادة المتعهد ومثل هذا الشرط يحل الرابطة القانونية التى بدونها ينعدم التعهد.

أما إذا كان الشرط يتضمن القيام أو عدم القيام بشئ فيعتبر التعهد صحيحاً فإذا تعهدت بأن أدفع اليك ألف جنيه إذا تطلعت إرادتى بذلك فلا يوجد تعهد. ولكن إذا تعهدت بأن أدفع مائة جنيه إذا فعلت شيئاً معيناً فأرادتى هنا ليست حرة فى تصرفاتها فقد أستطيع أن أفعل أو أن لا أفعل هذا الشئ ولكن إذا قمت بفعل هذا الشئ فأأزم بدفع ما تعهدت به. ويلاحظ أن الخيار فى البيع لا يعتبر باطلاً كما لو تعهدت أن أبيعك هذا الشئ إذا أردت فالخيار هنا موكول لمن تعهدت له. والشرط يعتبر صحيحاً ولو أنه موكول لإرادة المتعاقد الآخر. ويعتبر صحيحاً الشرط الإرادى، لأحد المتعاقدين فقط، فى العقود الثنائية. أما الشرط الإرادى المحض فهو معدوم للتعاقد. مثال ذلك: أبيع لك هذا المنزل إذا أردت فالتعاقد هنا معدوم.

والتعهد المقترب بشرط إرادى فاسخ بالنسبة لأحد المتعاقدين يعتبر صحيحاً كالبيع الوفاى أو الاتفاق على أن يكون للبستمنع حق طرد المستخدم فى أى وقت كالتص فى عقد الإيجار على أن يكون للتوجير الحق فى استلام العين فى أى وقت (كفر الشيخ جزئى ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ بمجموعة رسمية ج ٢٢ ص ٧٩).

٩٣ - في الوثائق المترتبة على الشرط : يجب أن نفرق بين آثار الشرط (١) الذي لا يزال أثره مجهولاً أو الشرط المعلق (٢) والشرط الذي تحقق بوقوع الأمر المشروط أو الشرط المتحقق .

١ - آثار الشرط المعلق . لأجل أن نعين بالدقة ما يترتب على التعهد الشرطي قبل تحقق الشرط يجب أن نفرق بين الشرط الفاسخ *condition résolutoire* والشرط التوقيفي *condition suspensive* فالشرط الفاسخ هو الذي يسقط التعهد بتحقيقه بمعنى أن التعهد يكون لازماً من يوم التعاقد ثم يزول بتحقيق الشرط مثال ذلك أعطيك مائة جنيه ولكن استرد منك هذا المبلغ إذا تزوجت بأجنبية . فالتعهد هنا ينتج كل أناره منذ اليوم الذي يتم فيه التعاقد كما لو كان التعهد منجزاً .

والشرط التوقيفي هو الذي يتوقف على تحقيقه وجود التعهد فلا ينشأ التعهد إلا إذا تحقق الأمر المستقبلي . ولذلك يبقى التعهد موقوفاً لحين تحقق الأمر المستقبلي أي أنه لا ينتج الآثار المترتبة عليه مادام هذا الأمر المستقبلي لم يقع بعد لكن المتعهد تحت شرط توقيفي لا يستطيع أن يسترد وعده . مثال ذلك أتعهد بأن أعطيك مائة جنيه إذا نجحت في الامتحان أو إذا تزوجت يترتب على ذلك أن من وضع الشرط لمصلحته يستطيع أن يتخذ كل الاجراءات التحفظية للمحافظة على حقه المعلق على شرط . فاذا كان دائماً فيجوز له أن يثبت صحة الامضاء اذا كان عقده عرفياً بدعوى تحقيق الخطوط *vérification d'écriture* ويجوز له أن يقيد *inscrire* الرهن الضامن لحقه واذا كان مالكا لحق عيني فيستطيع أن يسجل عقده وأن يقطع سريان التقادم المكسب للملكية الحاصل إضراراً به لاحتمال الاحتجاج عليه بهذا الدفع بعد تحقق الشرط . كما أنه يستطيع ان يتصرف في حقه . وأخيراً اذا مات أثناء الشرط *pendente conditione* فلا تنقضي جرثومة هذا الحق بوفاته بل تظل حية وينتقل الحق الى ورثته من بعده . أما يجب ان لا نبالغ في حق المتعهد له

وذلك أنه لا يستطيع أن يقوم بعمل يستفاد منه اكتساب لهذا الحق كمقاضاة المتعهد أو كالاتفاق أو كاستعمال موضوع التعهد لأن من تصرف تحت شرط توقيني يظل مالكا ما دام الشرط لم يتحقق بعد .

ب - آثار الشرط المتحقق . تقضى المادة ١٠٥/١٠٥ مدني بأنه إذا تم الشرط بوقوع الأمر المعلق عليه وجود التعهد أو بطلانه فيعتبر المتعهد به والحقوق اللاحقة له مستحقة أو لاغية من وقت الاتفاق على ذلك الشرط ويسمى الأثر الرجعي للشرط *effet rétroactif* ويجب أن نفرق بالنسبة لهذا الأثر بين الشرط التوقيني والشرط الفاسخ .

٩٤ - **الأثر الرجعي للشرط التوقيني** ، إذا تحقق الشرط فتعتبر آثار التعهد موجودة منذ اللحظة التي تم فيها التعاقد فإذا باع شخص منزلا وعلق البيع على شرط تحقق فيما بعد فيصير المشتري مالكا منذ اليوم الذي تم فيه التعاقد . يترتب على ذلك : - (١) إذا نقل البائع ملكية المبيع الى شخص آخر أو إذا قرر عليه حقوقاً عينية فلا يجوز الاحتجاج بهذه التصرفات على المشتري (٢) وعلى النقيض من ذلك إذا تصرف المشتري تحت شرط ، أثناء قيام الشرط ، في حقه الشرطي أو إذا قرر عليه حقاً عينياً فتأكد هذه التصرفات بتحقق الشرط .

٩٥ - **الأثر الرجعي للشرط الفاسخ** . إذا تحقق الشرط الفاسخ زالت كل الآثار المترتبة على التعاقد في الماضي . يترتب على ذلك أنه : (١) إذا رد البائع وفاء الثمن إلى المشتري في الأجل المحدد فيصير مالكا للشيء المبيع اعتباراً من اليوم الذي تم فيه البيع . من أجل ذلك قررت المادة ٣٤٥ / ٣١٤ مدني بأنه « عند رجوع المبيع بيع وفاء إلى البائع يأخذه خالياً عن كل حق ورهن وضعه عليه المشتري » كما أنه يجوز للبائع بيع وفاء « أن يطلب الاسترداد من انتقل اليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد في عقد الانتقال ، (م ٣٤٣ / ٢٩٩ مدني)

(٢) إذا تصرف البائع في حقه الاحتمالي فيصح هذا التصرف ويتأكد بتحقق الشرط

٩٦ - في الأساس النظري لعوض الرجعي : لأجل أن تعرف مدى الأثر الرجعي للشرط يجب أن تفهم الأسباب التي قامت عليها هذه القاعدة المقررة في المادة ١٥٩/١٠٥ مدني فنقول : إن الأثر الرجعي المقرر في القانون هو حيلة قانونية fiction لأنه يرجع نتائج الشرط إلى وقت سابق على تحققه ولكن هذه الحيلة متفقة مع إرادة المتعاقدين لأنهم يفترضون وقت التعاقد أن الأمر المستقبل المتوقع الحصول وقع وقت التعاقد . ولولا قاعدة الرجعية لاستطاع العاقد تحت شرط أن ينقل حقه إلى الغير وأن يزيل سلفاً أثر الشرط بالتصرف في الحق إلى الغير قبل تحقق الشرط

يترتب على ذلك أن قاعدة الأثر الرجعي ليست من القواعد المطلقة وأنه يجب عند تطبيقها مراعاة إرادة المتعاقدين . يترتب على ذلك نتيجتان : (١) أن أعمال الإدارة actes d'administration التي يقوم بها المالك المؤقت propriétaire intérimaire قبل تحقق الشرط مثل البائع تحت شرط توقيفي ، لا تزول بتحقق الشرط ويجب احترامها بمعرفة المالك الجديد . وفي هذا تقول المادة ٤٣١/٣٢٥ مدني بأن البائع وفاء يلتزم « بتنفيذ الايجارات التي أجراها ذلك المشتري بدون غش بشرط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين »

(٢) إذا هلك الشيء المتعهد به بحادثة قهرية أو عرضية في يد المالك المؤقت مثل البائع قبل تحقق الشرط فلا يلزم بدفع قيمة هذا الشيء . ولو أن حق الملكية يزول في الماضي عملاً بقاعدة الأثر الرجعي . وقد قضت المادة ١٦٠/١٠٦ مدني بأنه « إذا صار الوفاء بالمتعهد به غير ممكن قبل وقوع الأمر المعلق عليه وجود التعهد فلا يكون لهذا الأمر تأثير عند وقوعه » والأشارة هنا إلى الشرط التوقيفي

الباب الرابع

في انقضاء التعهدات

٩٧- في أسباب انقضاء التعهدات : ذكرت المادة ٢٢١/١٥٨ مدني الأسباب التي تنقضي بها التعهدات فقالت « تنقضي التعهدات بأحد الأوجه الآتية وهي . (١) الوفاء بالتعهد به (٢) فسخ عقد التعهد . والمقصود هو انقضاء التعهد بسبب استحالة الوفاء « م ١٧٧/٢٤٠ مدني » (٣) ابراء المتعهد بماتعهد به (٤) استبدال التعهد بغيره (٥) المقاصة (٦) اتحاد الذمة (٧) مضي المدة ، والحقيقة أن أسباب الانقضاء ثلاثة عشر يمكن إرجاعها إلى ثلاثة أنواع وهي : -

أولاً - انقضاء التعهدات المبني على استيفاء الدائن حقه وهي : (١) الوفاء (٢) الوفاء بغير الشيء المتفق عليه (٣) تجديد التعهد (٤) المقاصة (٥) اتحاد الذمة (٦) الأجل السالب .

ثانياً - انقضاء التعهدات دون أن يستوفي الدائنون حقوقهم : (١) الإبراء (٢) استحالة الوفاء (٣) مضي المدة أو تقادم الحقوق .
ثالثاً - انقضاء التعهدات المبني على إبطال العقد . (١) بطلان العقد annulation (٢) فسخ العقد résolution (٣) فسخ العقد بإرادة العاقدین révo- (٤) حل العقد كإقالة الموكل لوكيله ورب العمل للعامل cation révo- . وهذا النوع متعلق بنظرية العقود .

الفصل الأول - في الوفاء البسيط

٩٨ - في تعريف الوفاء : الوفاء هو إجراء مقتضى التعهد على وجهه .

ويكون أما باعطاء شيء أو فعل أمر أو الامتناع عن فعل أمر. والوفاء يقتضى وجود تعهد. فإذا اعتقد الموفى solvens خطأ بوجود التعهد وقام بالوفاء وجب على الموفى اليه accipiens رد ما استولى عليه. وفي هذا تقول المادة ١٤٥/٢٠٦ م « من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده ». والوفاء هو الوسيلة العادية لانقضاء التعهدات وهو الغاية منها لأنها لم توجد الا لأجل أن تقضى بالوفاء.

٩٩ - على من يجب الوفاء. القاعدة أن كل شخص يمكنه أن يقوم بالوفاء وتقول المادة ١٦٠/٢٢٣ مدنى « اذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من النقود فيجوز وفاؤه من شخص أجنبي ولو على غير رغبة الدائن أو المدين، والملزِم ابتداء بالوفاء هو المدين أو وكيله ثم المتعهد معه كالضامن أو المتعهد عنه كالكفيل والغير ذو المصاحبة الذى يمه من الوجهة القانونية tiers juridiquement intéressé انقضاء التعهد كالحائز للعقار المرهون. وأخيراً يجوز لأى شخص أن يقوم بالوفاء ولو كان غير ملتزم مع المدين أو ليس له مصلحة أو ليس لديه توكيل بالوفاء. ويقر الدائن على قبول الوفاء مهما كانت صفة الموفى. إنما يستثنى من ذلك التعهدات التى يكون المدين ملتزماً فيها بالقيام بعمل بنفسه أى التعهدات الملحوظ فيها شخصية المدين عند التعاقد كفتان أو صناع. وتقول المادة ١٥٩/٢٢٢ مدنى « لا يجوز الوفاء الا من المتعهد ما دام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعى ذلك ».

وللوفى حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه وله حق مطالبته به بناء على ما حصل له من المنفعة بسداد دينه (م ١٦١/٢٢٤ مدنى) ومعنى ذلك أن الموفى لا يمكن أن يستفيد من الوفاء. على أن القانون عمل من جهة أخرى على حماية المدين قضى فى المادة ١٦٣/٢٢٦ م بأنه « اذا دفع انسان دين آخر بغير إرادته فللمدين المذكور الحق فى عدم قبول ما دفع عنه كله أو بعضه اذا ثبت أن مصلحته كانت تقتضى امتناعه عن الدفع للدائن الاصلى » بسبب

انقضاء التعهد بالمقاصة أو بسبب بطلان الدين . وقد أحسن القانون الانكليزي حيث قضى بعدم رجوع الموفى الفضول على المدين ، لأن الانسان لا يستطيع أن يكون دائماً راعاً لإرادة المدين أو بدون موافقته .

١٠٠ — في شروط صحة الوفاء . يشترط لصحة الوفاء (١) أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى يعطيه للوفاء إذا كان موضوع التعهد إعطاء شيء . (٢) أن يكون الموفى أهلاً للتصرف . وتقول المادة ١٦٥ / ٢٢٨ . يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين أهلاً للتصرف والدائن أهلاً للقبول .

الشرط الاول . إذا حصل الوفاء من المدين بشيء غير مملوك له فيكون الوفاء باطلا . وسبب البطلان هو أن المدين يجب أن ينقل ملكية الشيء الذى خصصه للوفاء الى الدائنين . ولما كان المدين لم يكن مالكا للشيء الذى خصصه للوفاء فهو لم ينقل الملكية الى الدائن ويجوز للدائن أن يتمسك بالبطلان لأن الوفاء بهذه الكيفية لا يبرىء ذمة المدين ويعتبر التعهد قائماً بشرط أن يرد العين التى قدمت اليه ويطلب الوفاء من جديد . وإذا هلكت العين في يده فهلك على مالكا لأن ملكيتها لم تنتقل اليه عملاً بقاعدة « التوى على المالك » ولا يجوز للدائن أن يحبس العين حتى يحصل الوفاء على الوجه الصحيح من المدين . انما إذا كان الموفى به نقوداً أو أشياء تهلك بالاستعمال واستهلكها الدائن بحسن نية بأن كان مجهول أنها غير مملوكة للمدين فلا يبطل الوفاء ويكون المدين وحده مسئولاً أمام مالكا الحقيقة . وأما إذا كان الموفى به شيئاً معيناً بالذات وكان موجوداً فى حيازة الدائن فيكون للمالك حق الاسترداد . ولكن قد يحول بينه وبين الاسترداد حسن نية المدين المقترنة بالحيازة المنقول (م ٦٠٧ و ٦٠٨ / ٧٣٣ و ٧٣٤ مدنى) أو مضى المدة فى العقار (م ٧٦ / ١٠٢ مدنى) .

ولكن إذا سلم الدائن العين للمالك الحقيقة وكان فى مقدوره أن يتمسك بالحيازة أو بالتقدم فهل يجوز له أن يرجع على المدين ويطلبه بوفاء التعهد ؟

يمكن القول بأن هذا الدائن تغف ارضاء لضميره من التمسك بالحيازة أو بمضى المدة وأنه يستطيع من أجل ذلك مطالبة المدين بالوفاء.

الشرط الثاني. يجب أن يكون الموفى أهلاً للتصرف وإلا اعتبر وفاؤه باطلاً. والموفى العديم الأهلية هو الذى له وحده حق التمسك بالبطلان. إنما إذا كان أوفى بالفعل ديناً صحيحاً مترتباً فى ذمته ولم يعد عليه ضرر من ذلك كان وفاؤه صحيحاً.

وفى هذا تقول المادة ١٦٦/٢٢٩ م ومع ذلك يزول الدين بدفعه بمن ليس أهلاً للتصرف إذا كان مستحقاً عليه ولم يعد عليه ضرر من دفعه.

١٠١ - **لهم يجب الوفاء.** يحصل الوفاء (١) للدائن (٢) أو وكيله (٣) أو دائن الدائن (٤) أو الخائز للدين.

(١) الوفاء للدائن. يحصل الوفاء للدائن الأصيل أو لوارثه أو للبوصى له بالدين أو لمن تحول اليه الدين. ويشترط فى الدائن أن يكون أهلاً للتصرف (٢٢٨/١٦٥) فإذا كان قاصراً فلا يعتبر الوفاء مبرئاً لزمة المدين ويجب على الدفع مرة ثانية عملاً بقاعدة من يدفع خطأ يدفع مرتين *qui paie mal, paie deux fois* إلا إذا أثبت المدين أن الوفاء قد عاد بمنفعة على الدائن كما لو اشترى عديم الأهلية منزلاً بثمن المثل. وإذا استفاد بصفة جزئية من الوفاء ف يرجع على الموفى بقدر ما أنفقه عديم الأهلية فيما لا يجدى نفعاً.

(٢) الوفاء لوكيل الدائن. إذا وكل الدائن شخصاً فى إدارة أمواله وفى قبض ماله لدى الغير فيجوز الوفاء الى هذا الوكيل. وغنى عن البيان انه يشترط فى الموكل أن يكون أهلاً للتصرف. ولكن لا يشترط فى الوكيل أن يكون كذلك كما لو صرح تاجر الى مستخدم فى قبض ماله من الديون قبل زبته. ويعتبر المحامى وكيلاً للدائن اذا لم يكن توكيله قاصراً على المرافعة ويجوز الوفاء الى المحضر المكلف بالتنبيه على المدين بالوفاء إذا كان معه مستند الدين أو إذا كان موكلاً من قبيل الدائن فى القبض. والوفاء الى الوكيل

المعزول جائز اذا جهل المدين زوال الوكالة عن الوكيل (م ٥٣٠/٦٥١ م) .
ويعتبر صحيحاً الوفاء الحاصل الى الولى أو الوصى أو القيم على المحجور عليه
لسفه أو عته أو الى الوكيل على النائب غية منقطعة أو إلى زوج المرأة الدائنة
فى القانون الفرنسى (م ١٣٤٢ مدنى فرنسى) .

(٣) الوفاء لدائن الدائن . اذا حجز دائن الدائن على ما فى ذمة مدين
هذا الاخير وحصل الحاجز على تثبيت الحجز فالوفاء الحاصل بعد ذلك الى
المدين المحجوز عليه يعتبر غير مبرىء لذمة المدين بالنسبة للحاجز ، وكذلك
الحال اذا دفع المحجوز لديه (المدين) ما زاد على مبلغ الحجز الى الدائن
(م ٤١٠/٤٧١ مرافعات) كما لو كان الدين الذى للحاجز فى ذمة المحجوز
عليه ٤٠ جنيه والدين الذى فى ذمة المحجوز لديه ١٠٠ جنيه فلا يجوز لهذا
الاخير أن يدفع الباقي وهو ٦٠ إلى دائنه وذلك لأنه يعرض الحاجز للضرر
إذا كان للمحجوز عليه دائنتون آخرون يشاركونه فى المبلغ المحجوز عليه وهو
٤٠ جنيه . فاذا قام المحجوز لديه بالوفاء رغماً عن توقيع الحجز تحت يده
يلزم بأن يدفع الى الحاجز مقدار الخسارة التى عادت عليه بسبب هذا الوفاء
(٤) الوفاء للحائز للدين . اذا كان هناك محل للاعتقاد بأن الشخص
الذى يده مستند الدين هو الذى حل محل الدائن فيما له من الحقوق فيكون
الوفاء الحاصل اليه صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين ويسمى « الدائن الظاهر
créancier putatif » وهو الذى أشارت اليه المادة ١٦٧/٢٣٠م حيث قالت
« يجب أن يكون الوفاء للدائن أو لوكيله فى ذلك أو لمن له الحق فى الشيء
المتعهد به » ، وهو الذى يعتبره كل الناس صاحب الحق وهو ليس كذلك
كالوارث الظاهر héritier apparent فاذا توفى شخص وآلت تركته الى
شخص يدعى أنه الوارث وليس هناك معارض له ولا دليل على أنه كاذب
فاذا استوفى حقوق المتوفى قبل الغير فيعتبر وفاؤهم صحيحاً حتى فى مواجهة
الوارث الحقيقى أن ظهر بعد ذلك .

ويعتبر في حكم الدائن الظاهر حائز الكيالة الذي يتقدم بها الى المسحوب عليه في ميعاد استحقاقها فالوفاء الحاصل اليه يعتبر مبرئاً لذمة المسحوب عليه . وفي هذا تقول المادة ١٤٤ / ١٥١ تجارى بأن « من يدفع قيمة كيالة في ميعاد استحقاق دفعها بدون معارضة من أحد في ذلك يعتبر دفعه صحيحاً ، كما لو حصل الحامل على الكيالة بتظهير مزور أو سرقها فيعتبر وفاء المسحوب عليه صحيحاً بشرط أن يكون حسن النية .

(٥) الوفاء لغير ذى صفة . اذا حصل الوفاء لغير من ذكروا كان غير مبرئاً لذمة المدين ولو كان المستند يد ذلك الشخص لجواز أن يكون سرقة أو عثر عليه في الطريق انما يستثنى من ذلك : (١) اقرار الدائن صحة الوفاء الحاصل الى ذلك الغير . والاقرار هنا يؤثر في الماضي ويعطى هذا الغير صفة الوكالة (٢) اذا استفاد الدائن من الوفاء الى الغير كما لو خصصت النقود لوفاء دين في ذمة الدائن أو وصلت اليه النقود .

١٠٢ - ما الزى يوفى به . يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه (م ١٦٨ / ٢٣١ مدنى) ولا يجوز للمدين أن يقهر الدائن على قبول شيء أو أمر آخر حتى لو كانت قيمة ما يعرضه المدين تزيد على قيمة ما اتفق عليه إلا اذا قبل الدائن ذلك ويسمى الوفاء بغير الشيء المتفق عليه *datation en paiement* (١) واذا كان موضوع التعهد مبلغاً من النقود فيجب على المدين أن يدفع المبلغ المطلوب حسب قيمة النقود القانونية (الاسمية) وقت الوفاء . والسبب في ذلك هو أن قيمة النقود معينة بمعرفة القانون وأن قوتها الابرائية أو الشرائية غير مرتبطة باتفاق المتعاقدين ^(١) (عكس ذلك سم ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ تق ج ٣٥ / ١٨٢٠) .

وهناك نقود لها قوة ابراء غير محدودة كالنقود الذهبية وأوراق البنكنوت

(١) قد تختلف قيمة النقود الاسمية عن قيمة النقود المدنية فالريال قيمته المدنية نحو الثمانية قروش

إذا كان التعامل بها جبرياً ويقهر الدائن على قبول أية كمية تعرض عليه للوفاء أما النقود المساعدة ^(١) وهى التى تكون قيمتها المعدنية أقل من قيمتها القانونية كالنقود المسكوكة من الفضة والنيكل والبرونز فلا يقهر الدائن على قبولها للوفاء إذا تجاوزت الحد الذى عينه القانون . وتقضى المادة ١٤ من القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩١٦ على أنه « لا يجبر أحد على قبول نقود فضية بمبلغ تزيد قيمته على مائتى قرش ولا على قبول نقود من النيكل أو البرونز بمبلغ تزيد قيمته على عشرة قروش » .

وأوراق البنكنوت ليست أصلاً من العملة القانونية التى يلزم الدائن على قبولها للوفاء ولكنها اعتبرت هكذا منذ ٣ أغسطس سنة ١٩١٤ وأصبحت المعاملة بها جبرية وصارت غير قابلة للصرف أى الاستبدال بذهب (cours forcé) (السعر الإلزامى) . وعلى ذلك يجوز للدين أن يوفى بها دائته من غير تحديد .^٢ وتقضى المادة ٣٣٩ عقوبات بأنه « يجازى بغرامة لا تتجاوز جنيتها مصرىاً من امتنع من قبول عملة البلاد الأهلية أو مسكوكاتها بالقيمة التعامل بها ولم تكن مزورة أو مغشوشة » .

وقد ترتب على تقرير السعر الإلزامى للبنكنوت تضخمها وضعف قوة شرائها وعدم استقرار قيمتها مما دعى الأفراد ، هروباً من نقصان وتقلب قيمتها وإخطار الصرف ، الى الاتفاق على اشتراط الوفاء بالذهب أو بينكنوت تمثل بعملة الذهب المبلغ المتفق عليه . ويرى القضاء الفرنسى بطلان هذه الشروط فى المعاملات الداخلية وصحتها فى المعاملات الدولية بحجة أن القوانين التى فرضت السعر الإلزامى متعلقة بالنظام العام وأن القانون ساوى بين الفرنك الذهب والفرنك الورق (تقضى فرنسى ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ و ١٠، ٢٥، ١٩٢٨، ١٠، ٢٥ وتعليق الأستاذ كابتان) وينتقد معظم الشراح هذا رأى لأن الذهب سلعة تخضع قيمتها لشتى العوامل .

والأوراق التجارية كالكيميالات والسندات الآذنية المترتبة على أعمال تجارية أو المحررة بين تجار، والشيكات تستعمل كثيراً في الأوساط التجارية وسيلة للوفاء لكن الدائن لا يجبر على قبولها: ولا تصلح النقود الأجنبية للوفاء لأنها ليست من العملة القانونية إلا اذا اتفق الطرفان على الوفاء بها. ومثل هذا الاتفاق لا يتنافر مع النظام العام فهو صحيح (١).

(٢) وإذا كان موضوع التعهد شيئاً معيناً *corps certain* فيحصل تسليمه بالحالة التي هو عليها وقت الوفاء. ولا يسأل المدين عما يطرأ عليه من تلف أو فساد إلا اذا حصل ذلك بسبب إهمال المدين أو اذا كان مقصراً في الوفاء - وبثب التقصير بالتكليف الرسمي - وحصل التلف أو الفساد بحادث عرضي أو قوة قاهرة.

(٣) وإذا كان موضوع التعهد من المثليات *chose de genre* فلا يبرأ المدين إلا اذا سلم شيئاً من النوع المتفق عليه بشرط أن يكون متوسط القيمة فلا يلزم المدين بتسليم شيء من أحسن وأجود صنف كما أنه لا يبرأ اذا سلمه من أردى نوع.

١٠٣ - متى يجب الوفاء. يجب أن يحصل الوفاء حالاً الا اذا كان هناك أجل توقيني أو أجل قضائي (م ١٦٨/٢٣١ مدني) ويجوز للمحكمة في حالة البيع أن تعطي لأسباب قوية ميعاداً للشترى لدفع الثمن مع وضع

(١) يجب التنبه الى أنه يوجد في مصر الآن فرنكان. الأول الفرنك المصري *le franc Egyptien* وقيمه ٣ر٨٠٧٥ قرش كما حددته دكرتو ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٥ وقرار وزارة المالية الصادر في ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٦ وزته ٣٢٢ مليوناً من الذهب الخالص والفرنك الفرنسي *le franc Français* كما حددته القانون الفرنسي الصادر في ٢٥ يونه سنة ١٩٢٨ ويساوي الجنيه الانكليزي منه ١٢٤ر٢١ فرنك وزته ٦٥٠ر مليوناً. ومن قضاء المحاكم المختلطة الثابت أن « فرنك » فقط للمتعملة في بعض العقود المحررة في مصر تطاق على الفرنك المصري (سم ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ تق ج ٣٥، ١٨٢، وسم ٨ مايو ١٩٢٤ تق ج ٣٦، ٣٥٢، وسم ٧ أبريل سنة ١٩٢٧ تق ج ٣٩، ٣٣٧، وسم ٢٤ يونه سنة ١٩٢٧ تق ج ٣٩، ٥٦٧).

المبيع تحت الحجز عند الاقضاء (م ٣٣٣ / ٤١٤ و ٤١٥ مدنى) فاذا تأخر المدين عن الوفاء فى الأجل المتفق عليه فيتحمل تبعه تأخير به بشرط أن يثبت تقصيره بصفة رسمية .

١٠٤ - **بيع بحجب الوفاء** . اذا اتفق العاقدان على مكان الوفاء فيجب أن يحصل فى هذا المكان (م ١٦٨ / ٢٣١ م) . واذا كان المتعديبه شيئاً معيناً فحل الوفاء هو المكان الموجود فيه عين الشيء المقتضى تسليمه اذا لم يتفق العاقدان على مكان آخر للوفاء (١٦٩ / ٢٣٢ مدنى) فاذا كان المتعهد به عبارة عن نفود أو أشياء معين نوعاً أو فعلاً فيعتبر الوفاء مشروطاً حصوله فى محل المتعهد . فالتمن فى البيع الآجل يدفع فى محل المدين أى المشتري وإيجار المنزل يدفع فى محل المستأجر (م ١٧٠ / ٢٣٣ م) . والعبرة فى معرفة المحل هو موطن المدين الحالى لا الذى كان يقطنه وقت التعاقد . واذا اتفق العاقدان على حصول الوفاء فى محل الدائن فالعبرة أيضاً بالمحل الذى يقطنه وقت الوفاء لأنه ليس من المعقول أن يكلف الدائن الانتقال الى موطنه القديم ليتلقى الوفاء من المدين فى ميعاده المحدد .

١٠٥ - **فى نفقة الوفاء** . تكون مصاريف الوفاء على المدين إلا اذا اتفق العاقدان على خلاف ذلك (م ١٧١ / ٢٣٤ م) وتشمل النفقة مصاريف النقل والشحن والحزم (م ٢٨٣ ، ٢٨٤ / ٣٥٥ ، ٣٥٦ مدنى) ورسوم مستند التسليم أن كان له رسم ومصاريف شطب الرهن الذى يكفل الدين .

١٠٦ - **فى عزم فجزؤ الوفاء** . الأصل أن الوفاء يجب أن يقع تاماً والمدين لا يمكنه أن يقهر الدائن على قبول وفاء جزئى لأن الوفاء الجزئى يحرم الدائن من الانتفاع بماله على الوجه اللائق . أضف الى هذا أن الوفاء اذا كان عبارة عن نفود فالوفاء الجزئى يعرضها للضياع فيما لا يشر . فالتعهد أعطى للدائن حقاً كاملاً لا جزءاً يعتمد عليه فى ميعاد الوفاء . واذا كان

التعهد عبارة عن قرض فيجب أن يكون الوفاء بالأصل وفوائده. وللدائن الحق في أن يرفض قبول الأصل اذا لم يعرض المدين القائمة أيضاً (م ٢٣١/١٦٨م) انما يستثنى من قاعدة عدم تجزؤ الوفاء ^(١) الأحوال الآتية (١) يجوز أن يحصل الوفاء تباعاً (أى جزءاً جزءاً) في حالة الاتفاق (٢) اذا توفى المدين وقسمت تركته على ورثته فيتحمل كل واحد منهم نصيبه في الدين بنسبة ما أخذه من أعيان التركة. فاذا كانت أعيان التركة باقية بلا قسمة فللدائن أن يقتضى دينه كله ممن هي تحت يده منهم بدون تجزئة (٣) اذا أصبح المدين دائناً لدائنه بدين أقل مما عليه لدائنه فيحصل الوفاء بطريق المقاصة (م ١٩٣م/ ٢٥٧ م) ولا يسأل المدين بعد ذلك إلا عما زاد على الدين بعد المقاصة (٤) اذا كان للدين كفلاء غير متضامين وأعرس المدين وطالب الدائن هؤلاء الكفلاء فلمهم أن يطلبوا تجزئة الدين *bénéfice de division* (٥) يجوز للقاضي أن يمنح المدين السبيء الحظ أجلاً قضائياً للوفاء أو أن يأذن بتقسيم الدين على أزمنة معينة (م ٢٣١/١٦٨ م) وبالنسبة لعقد البيع (م ٢٣٣/٣١٤، ٤١٥ م).

١٠٧ — في كيفية دفعهم ما يدفع من الدين. ^(٢) اذا كان المتعهد مديناً بعدة ديون من نوع واحد لدائن واحد ودفع مبلغاً غير كاف لسداد كل الديون فما هو الدين الذي يخص منه ما تسدد؟ للإجابة على ذلك يجب التفرقة بين حصول الخصم بمعرفة المدين أو الدائن أو بحكم القانون. (١) الخصم بواسطة المدين. أعطى القانون الى المدين حق تعيين الدين الذي يخص منه مقدار مادفع (م ٢٣٥/١٧٢) : فالمدين له حرية تعيين الدين الذي يرغب وفاءه. انما يرد على حريته ثلاثة قيود : — (١) اذا كان

le principe de l'indivisibilité du paiement ^(١)

l'imputation des paiements ^(٢)

الدين مؤجلاً لصالح الدائن فلا يجوز للدين أن يشترط الخصم من هذا الدين المؤجل (ب) إذا كان مقدار الدين يربو على ما دفعه المدين فلا يجوز له أن يعين الخصم من هذا الدين (ج) إذا كان المبلغ المدفوع لا يفي بالأصل والفوائد يبدأ باستنزال الفائدة والمصاريف وما زاد يخصم من الأصل وتقول المادة ١٧٣/ ٢٣٦ م • « يتبدأ في الاستنزال بالمصاريف والفوائد قبل الخصم من رأس المال . »

(٢) الخصم بواسطة الدائن . إذا لم يعين المتعهد الدين الذي يخصم منه المبلغ المدفوع فللدائن الحق في التعيين . والغالب أن الدائن يعين ذلك في سند المخالصة الذي يسلمه الى المدين . والتعيين الذي يجزئ الدائن في هذه الحالة هو نتيجة اتفاق الدائن والمدين اذ يفترض أن المدين قبل تخصيص الدائن بدون اعتراض منه . ولكن اذا اعترض المدين وقت الوفاء على تخصيص الدائن المبلغ المدفوع لدين معين فيكون اعتراض المدين مقبولا ويجوز له أن يرفض قبول المخالصة بالصيغة التي يريد بها الدائن .

وسواء حصل الخصم بمعرفة الدائن أم المدين فيجب أن لا يحصل بقصد الاضرار بدائن أو مدين آخر . ويلزم أن يقع الخصم بقصد إيفاء حق مشروع (نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، ١٩٢٥ ، ١٠ ، ١٤٥٠) . فالخصم يحتمل التعسف من جانب الدائن أو المدين . لذلك يجوز للحكمة أن تصحح ما وقع وتجرى الخصم وفقاً لمصالح الخصوم المشروعة .

(٣) الخصم بحكم القانون . إذا لم يعين المدين وقت الوفاء (سم ١١ يونية سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣ ، ٣٧٨) مادفع ولم يذكر في المخالصة التي تسلمها من الدائن أى تعيين فيحصل الخصم وفقاً للقواعد الآتية : — اذا كانت بعض الديون حالة والبعض الآخر مؤجلاً يحصل الخصم من الديون الحالة ويبدأ في الديون الحالة بالخصم من الديون التي للدين صالح في انقضائها (م ١٧٢ /

٢٣٥م) كالقرض بفائدة أو الدين المكفول^(١) بكفالة أو برهن (سم ١٤ يونيو سنة ١٩١٦ تق ج ٢٨ ص ٤٢٨) أو بحق اختصاص (استئناف أهلى ١٣ مارس ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢١٢). فإذا حصل نزاع فالفصل فيه يكون للحكمة وإذا تساوت الديون في نظر المدين فيخصم المدفوع من الدين الأسبق فالأسبق^(٢). والعبرة في الأسبقية بتاريخ التعاقد لا تاريخ استحقاق الدين

وإذا كان هناك كفيل عن جزء من الدين ودفع المدين مبلغاً معادلاً لما تعهد به الكفيل فهل يبرأ الكفيل من الكفالة؟ يرى بعض الشراح استناداً على المادة ٢٣٥/١٧٢ م أنه يجب خصم المدفوع من الجزء المكفول حتى يبرأ الكفيل من تعهده وهذه الكيفية تبرا ذمة المدين قبل شخصين وهما الدائن والكفيل الذى له حق الرجوع على المدين إذا ألزمه الدائن بالوفاء. إلا أن القضاء الفرنسى يرى أن الوفاء الجزئى لا ينجى الكفيل من تعهده بل تبقى كفالة باقية (نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٨٥٧، د ١٠٥٧، ٢٧٨) ويرى بلانيول أن هذا الرأى أقرب الى نية المتعاقدين لأن الدائن الذى اقتضى كفيلاً من المدين ينم عن رغبته فى الاحتفاظ بالكفالة لغاية انقضاء الدين (بلانيول ج ٢ بند ٤٤٥) وقد أتبع القانون الألمانى المدنى (م ٣٦٦) والقانون السويسرى (م ٨٧) هذا الرأى

١٠٨ - فى العرصه والايراع^(٣). يحدث أن الدائن يرفض قبول ما يعرضه المدين للوفاء لخلاف بينهما على المتعهد به أو على كيفية الوفاء أو على أجل الدفع. وقد رأى القانون أن لا يترك المدين تحت رحمة الدائن الذى قد يرفض قبول الوفاء بلا سبب صحيح وقد يكون الدائن غائباً أو

(١) سم ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ تق ج ٣٨، ٣٠٦

(٢) سم ٨ مايو سنة ١٩٢٤ تق ج ٣٦، ٣٦٢ وعكس ذلك سم ١١ يونيو ١٩٢١

تق ج ٣٣، ٢٧٨ (٣) des offresa et de la consigation

مريضاً وليس له وكيل لقبول الوفاء لذلك أعطى القانون للمدين الحق في ابراء ذمته عند حلول الأجل ، ووضع قواعد خاصة بالعرض والايداع .
فيبدأ المدين بعرض المتعهد به على الدائن . وبعد اثبات رفض الدائن ما عرضه المدين ، يودع المتعهد به على ذمة الدائن وبذلك تبرأ ذمة المدين كما لو حصل الوفاء ويقف سريان الفوائد ^(١) . ويشترط لصحة العرض توافر كل الشروط اللازمة لصحة الوفاء كحصوله الى من له حق استيفاء الدين وأن يشمل الاصل والفوائد والمصاريف .

١٠٩ — كيفية العرض: إذا طالع للمتعهد مبلغاً من النقود . اذا كان الدين عبارة عن نقود فتبرأ ذمة المدين بعرضه الدين عرضاً حقيقياً (١٧٥م/ ٢٣٨ م) على يد محضر ويحرر محضراً بين فيه نوع النقود وعددها وقبول الدائن أو امتناعه وتوقيعه على المحضر أو امتناعه أو عجزه عن التوقيع ويشترط لصحة العرض أن يكون غير معلق على شرط ، وأن يودع مع الدين مقدار الفوائد المستحقة لغاية يوم الايداع (٦٨٩/ ٧٧٧ مرافعات) واذا نقص المبلغ المعروض نقصاناً يسيراً عن مقدار الدين فلا يقدر ذلك في صحة العرض وفي اعتباره مبرئاً لذمة المدين لغاية المبلغ المعروض (سم ١٨ يناير سنة ١٨٩٣ ق ج ١٠١، ٥) وقد يكون هذا النقصان نتيجة نسيان المدين أو سهوه وكذلك يعتبر صحيحاً اذا تأخر المدين تأخيراً يسيراً وقصد الدائن أن يستغل هذا التأخير لغرض معين كفسخ عقد (سم ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ ، ق ج ٣٣ ، ٨) ويترك المحضر صورة من محضره لدى الدائن (م ٦٨٥ — ٦٨٧ مرافعات أهلى) والعرض الذى يحصل بطريق البريد عديم الجدوى .

١١٠ — الايداع: اذا قبل الدائن العرض يسلمه المحضر النقود بالايصال

(١) سم ٢٠ يناير سنة ١٩٢٠ ، ق ج ٣١ ، ١٢٨

اللازم . فاذا رفض الدائن العرض تودع النقود في خزينة المحكمة وينبئ المحضر على الدائن بأن يكون حاضراً وقت الايداع بشرط أن يكون الاخطار سابقاً على وقت الايداع يوم كامل على الأقل . ويحصل الايداع في الميعاد المعين حضر الدائن أو لم يحضر ويجب أن يشمل المبلغ المودع ما جد من الفوائد من يوم العرض الى يوم الايداع وفي حالة تخلف الدائن عن الحضور يجب اعلانه بصورة محضر الايداع في الثلاثة أيام التالية للايداع .

واذا أراد المدين أن يستوثق من صحة العرض فيجوز له تقديم طلب الحكم بصحة العرض وأطلانه بصفة دعوى أصلية أو فرعية (م ٦٩٥ / ٧٨٣ مرافعات) .

١١١ - آثار الإيداع : اذا توافرت كل شروط الايداع قام مقام الوفاء . فقبلاً ذمة المدين ويقف سريان الفوائد ويتحمل الدائن هلاك المتعهد به وتبدأ هذه الآثار من يوم الايداع لا من يوم العرض .

١١٢ - استرداد المودع : يجوز للمدين أن يسترد ما أودعه بشرط أن يثبت حصول الأخبار منه لدائته على يد محضر يرجوعه عن العرض وبعد مضي ثلاثة أيام من وقت الأخبار (م ٦٩٣ / ٧٨١ مرافعات) ولا يجوز الرجوع عن العرض ولا استرداد المودع بعد صيرورة الحكم الصادر بصحة العرض حكماً انتهائياً (م ٦٩٤ / ٧٨٢ مرافعات) . واذا استعمل المدين حق الاسترداد فلا تبرا ذمة بقية المدينين أو الكفلاء . ولكن اذا أجاز الدائن للمدين أن يسترد ما أودعه فقبلاً ذمة بقية المدينين والكفلاء . واذا كان الدين مكفولاً برهن أو حق امتياز وأجاز الدائن للمدين استرداد المودع فلا يجوز له أن يرجع على العين المرهونة لأن الايداع الصحيح يسقط هذه التأمينات .

١١٣ - كيفية العرض : اذا طلب المتعهد عقاراً أو شيئاً معيناً : اذا كان

المتعهد به عقاراً تبرأ ذمة المدين بتعيين حارس للعقار بحكم يصدر في مواجهة المتعهد له (م ٢٣٩/١٧٦ مدنى) ويقوم الحارس بالمحافظة على العقار وقبض غلته . وإذا كان المتعهد به شيئاً معيناً فيحصل العرض باعداد المتعهد به فى محل الوفاء وتكليف الدائن بالاستلام وتقول المادة ٧٨٦/٦٩٨ مرافعات : يحصل عرض العين المعنية التى لا يجب أولاً يمكن تسليمها فى محل الدائن بمجرد التنبه عليه باستلامها ، والاشارة هنا الى الاشياء التى يصعب نقلها كقطارة أو التى لم يقصد العاقدان وضعها فى محل اقامة الدائن فيحصل العرض بالكيفية المتقدمة . ويجوز للمدين أن يتحصل على تعيين حارس بمعرفة المحكمة للعين المعنية المعروضة (م ٧٨٧/٦٩٩ مرافعات) أو يطلب من المحكمة التصريح ببعضها بمعرفة محضر وايداع الثمن فى خزينته المحكمة على ذمة الدائن .

ولم تشر القوانين المصرية الى كيفية العرض اذا كان المتعهد به من الاشياء غير المعنية كتسليم مائة اردب قمح . والمعقول هو ان المدين ينبه على الدائن بالحضور فى زمان ومكان معينين لفرز المتعهد به وتعيينه لكى يستلمه الدائن . ويجوز للمدين ان يطلب من المحكمة تعيين خبير ليقوم بعملية الفرز ويتسلم المتعهد به .

١١٤ - كيفية المصممة اذا طأه المتعهد به فعل امر او الامتناع عنه
فعل امر: تقضى المادة ١٧٤/٢٣٧م بأن المتعهد بعمل شئ لا تبرأ ذمته من التمهيد بمجرد عرضه على المتعهد له انه مستعد لعمله انما له عند امتناع المتعهد له عن قبول العمل وقت العرض أن يطالبه بتعويض الضرر المترتب على امتناعه .

١١٥ - المصممة فى الجلسة : يحصل العرض وقت المرافعة أمام المحكمة ويسلم الشئ المعروض الى كاتب الجلسة وهو يودعه فى الخزينه إن لم يستلمه المتعهد له (م ٦٩٧/٧٨٥ مرافعات) .

١١٦ - **مصاريف العرض** . المتعهد له هو الذى يتحمل مصاريف العرض والايداع اذا استوفيا كل الشرائط القانونية . ولكن اذا قبل المتعهد له العرض ولم يسبق ذلك عرض ودى فالمدين هو الذى يتحمل مصاريف العرض .

١١٧ - **فى المعارضة فى الوفاء** : قد يمنع المدين من الوفاء الى دائته خصوصاً اذا كان المتعهد به مبلغاً من النقود ويحصل هذا المنع بواسطة المعارضة التى تعلن الى المدين بمعرفة محضر ، ولا يجوز للمدين بعد اعلانه أن يوفى دائته فاداً دفع رغماً عن اعلانه فيتعرض للدفع مرة ثانية .
وتحصل المعارضة بواسطة (١) حجز ما للمدين لدى الغير (٢) معارضة المالك الذى قد سند الدين . وقد وضع القانون التجارى قواعد خاصة بضياغ الاوراق التجارية .

١١٨ - **فى محجوز ما للمدين لدى الغير** . هو اجراء يتمكّن الدائن بمقتضاه من حبس ما لمدينه لدى الغير من نقود وعروض ليستوفى منها دينه ويفترض هذا المحجوز وجود ثلاثة أشخاص وهم : (١) الحاجز (٢) المحجوز عليه (٣) المحجوز لديه . ويشترط فى هذا الأخير أن يكون من الغير بالنسبة للمحجوز عليه كالوكيل والوصى . ولا يعتبر المحجوز لديه من الغير اذا استطاع المدين أن يضع يده على ما فى حيازته من نقود دون أن يلتزم بمقاضاته كالصراف المعين فى محل المدين . فهذا الأخير يستطيع أن يستولى على كل أو بعض ما فى الخزينة رغم ارادة الصراف بعكس الحال بالنسبة للصيرفى . فأذا امتنع عن تسليم النقود المودعة لديه فلا يستطيع أن يأخذها قسراً عنه بل يلتزم بمقاضاته . كذلك يجب أن يكون هذا الغير مدنياً للمحجوز عليه بنقود أو عروض فلا يجوز توقيع حجز على الاشياء الموجودة فى خزائنه استأجرها المدين من صيرفى لأن الصيرفى لا يعتبر وديعاً للأشياء الموجودة فى الخزائنه بل يعتبر مؤجراً

وكل ما يستطيع الدائن أن يتخذه من الاجراءات هو توقيع الحجز التنفيذي على ما في الخزنة .

ويجوز للدائن أن يحجز تحت يده ما يكون في ذمته لمدينه . ويسمى الحجز تحت يد الحاجز Saisie-arret sur soi - même . وصورته أن يكون الدائن مديناً لمدينه بدين غير معين أو غير مستحق الأداء بما يمنع من المقاصة لعدم نوافر شرط التعيين أو الاستحقاق ويخشى من وفاء الدين المعين فيتصرف فيه المدين وعند ما يحل ميعاد الاستحقاق يجد الدائن نفسه أمام شخص معسر ، كذلك قد يخشى الدائن أن يستجد حاجزون فيفقد حقه في المقاصة (م ١٩٩ / ٢٦٣ مدني) على أن القانون أجاز للدائن في هذه الحالة أن يطلب من الحاجز تحت يده ايداع ما في ذمته في خزينة المحكمة اذا رأى الدائن أن مدينه الحاجز يقصد التخلص من اجراءات التنفيذ (م ٤٣١ / ٩٣ مرافعات) .

ويشترط في دين الحاجز أن يكون (١) محققاً : وقت توقيع الحجز فلا يجوز توقيع الحجز من أجل دين مقترن بشرط ، أو من أجل دين احتمالي مثل رصيد حساب جار لم يقفل بعد . وتسرى هذه القاعدة على الأصل لا على الملحقات الاحتمالية وتقول المادة ١١٤ مرافعات لا يجوز لطالب الحجز أن يضم لدينه من الملحقات الاحتمالية أزيد من فوائد سنة مستقبلية ولا أكثر من عشر مبلغ الدين في مقابلة ما يلزم من المصاريف انما لا يجوز في أى حال من الأحوال أن يتجاوز ذلك العشر ثلاثة آلاف قرش ، وتشترط المادة ٤٣٢ مرافعات مختلط أن يكون هذا العشر « أزيد من ثمانمائة قرش وأقل من أربعة آلاف قرشا » (٢) مستحقاً : فلا يجوز توقيع الحجز من أجل دين مقترن بأجل إلا إذا كان الأجل لمصلحة الدائن أو إذا حرم المدين من الأجل بسبب إفساره . والأجل القضائي لا يحرم الدائن من توقيع الحجز لانه لا يحرم من المقاصة .

١١٩ - في الولاية المترتبة على محجز ما للمدين لدى الغير . إذا استكمل

الحجز كل الاجراءات القانونية المفصلة في قانون المرافعات من حيث إعلان المحجوز لديه به وإخبار المحجوز عليه بتوقيع الحجز وطلب الحكم بصحته اذا كان الحجز حاصلًا بغير حكم أو سند مشتمل على الصيغة التنفيذية وإذا أخطر المحجوز لديه بأن المحجوز عليه قد أخبر بالحجز ترتبت عليه آثار تختلف باختلاف كل دور من أدوار الحجز وهاك يانها .

(١) في الآثار المترتبة على إعلان الحجز للمحجوز لديه . تختلف هذه الآثار بالنسبة للمحجوز لديه والمحجوز عليه .

١- آثاره بالنسبة للمحجوز لديه . يترتب على اعلان الحجز للمحجوز لديه حبس الأموال والعروض التي للمحجوز عليه في ذمة المحجوز لديه فلا يستطيع هذا الاخير منذ اللحظة التي يتسلم فيها الاعلان ان يوفى الى المدين مافي ذمته فان أوفى اعتبر وفاؤه باطلا بالنسبة للحاجز وألزم بالوفاء مرة ثانية يستثنى من ذلك الوفاء الى دائن مرتين أو ممتاز أو اذا كان الوفاء يترتب عليه المحافظة على حقوق المحجوز لديه كما لو طالبت شركة مساهمها بالجزء غير المدفوع من قيمة الاسهم ثم أوقع دائنوا الشركة حجزاً تحت يد المساهمين فيجوز للمساهمين الوفاء الى الشركة رغم قيام الحجز خشية أن تستعمل الشركة حقها في التنفيذ بالبورصة أى اعتبارها الاسهم الموجودة تحت يد المساهمين ملغاة واصدار أسهم جديدة بدلها ويبيعها في البورصة لتقتضى من ثمنها مالها في ذمة المساهمين^(١) . على أن في مقدور المحجوز لديه الخروج من هذا العنت اذا أودع القدر المحجوز عليه به صندوق المحكمة (م ٤٢٢ / ٤٨٤ مرافعات) كذلك يترتب على الاعلان عدم جواز التمسك بالمقاصة اذا أصبح المحجوز لديه دائنًا للمحجوز عليه (م ١٩٩ / ٢٦٣ مدنى) وأخيراً يترتب على الاعلان قطع سريان المدة لمصلحة المحجوز عليه ضد المحجوز لديه (م ٨٢ / ١١ مدنى) ويلاحظ أن الحجز لا يعطى للحاجز امتيازاً على الاموال المحجوزة .

(١) أنظر كتابنا شرح القانون التجارى ج ١ ، بند ١١١

ولذلك يجوز أن توقع حجوز أخرى . ولنفرض أن الحاجز الأول حجز من أجل ٤٠٠ جنيه على دين مدينه البالغ ألف جنيه فاستبقى المحجوز لديه ما يكفي لوفاء الحجز الأول ثم دفع الباقي الى المحجوز عليه ثم حجز دائن آخر بمبلغ ٤٠٠ جنيه . فهل يقسم المبلغ الذى استبقاه المحجوز لديه مناصفة بين الحاجز الأول والثانى ولا يستولى كل منهما الا على مائتى جنيه ؟ الجواب هو أن وفاء المحجوز لديه إلى المحجوز عليه يعتبر صحيحاً إلا أنه ضار بالحاجز الأول بسبب اشتراك الحاجز الثانى معه فى اقتسام المبلغ المحجوز عليه . لذلك يكون الحاجز الأول هو وحده صاحب الحق فى الاعتراض على هذا الوفاء ، ومطالبة المحجوز لديه بتعويض ما لحقه من الضرر . أما الحاجزون التالون للوفاء فليس لهم حق الاعتراض على تصرف المحجوز لديه لأن حقهم لم يتعلق بالمال المحجوز بأى حال وإذا حجز على ما للدين لدى الغير ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له عند المحجوز لديه أو بعضه واستوفيت شروط الحوالة ثم ظهر بعد ذلك داتون آخرون ووضعو الحجز فهو لاء يتحاصون مع الحاجزين السابقين ومع المحال بشرط أن ينقص من حصه كل من الحاجزين المتأخرين قدر مابقى باتمام مبلغ الحوالة كل منهم بحسب ما يخصه بالنسبة لدينه . فاذا فرضنا أن الحجز الأول كان عن ٥٠ جنيه والحوالة بمبلغ ٥٠ جنيه فيتساوى الحاجز والمحال ويقسم بينهما قسمة غرماء . وإذا أوقع حاجزون آخرون حجراً على الدين فيقسم الدين قسمة غرماء بين الحاجزين السابقين واللاحقين والمحال ثم يكمل كل دين المحال من نصيب الحاجزين اللاحقين له (م ٤٣٣ / ٩٥٠ مرافعات) . وبسبب ما يترتب على الحجز من حبس الدين — وقد يكون الحجز حاصلًا عن دين طفيف فيتأذى المحجوز عليه — أجاز القانون المصرى للمحجوز لديه أن يودع فى خزينة المحكمة القدر المحجوز عليه وتخصيصه لدين الحاجز ويسلم الباقي فى ذمته إلى المحجوز عليه (م ٤٣٣ / ٨٥٠ مرافعات) وأجازت المحاكم المصرية للمحجوز عليه مطالبة المحجوز لديه بإجراء هذا التخصيص .

ب — آثاره بالنسبة للمحجوز عليه . يترتب على الاعلان وضع الدين المحجوز عليه في كنف القضاء واعتبار المحجوز لديه شبه حارس عليه . ولا يستطيع المحجوز عليه أن يخرج هذا الحق من ثروته أو أن يضعف قيمته ومعنى ذلك رفع يده عن هذا الحق مع بقاءه دائئاً، واعتبار هذا الحق داخلاً ضمن الضمان العام الذي للدائن على أموال مدينه مما يترتب عليه امكان توقيع حجز عليه بمعرفة دائنين آخرين كما أسلفنا .

(٢) في الآثار المترتبة على الحكم بصحة الحجز . اذا كان السند المستند اليه الحاجز في وضع الحجز غير واجب التنفيذ أو اذا كان دينه غير مقدر فيتعين عليه أن يستحصل على حكم بصحة الحجز أو بتقدير الدين تقديرأ نهائياً (١٧م/٤٧٥ مرافعات) . وسنورد فيما يلي الآثار المترتبة على هذا الحكم .
١ — آثار الحكم بين الحاجز والمحجوز عليه . لا يترتب على هذا الحكم براءة ذمة المحجوز عليه إلا بالوفاء الحاصل بمعرفة المحجوز لديه وتكون براءة الذمة بمقدار المبالغ المدفوعة .

ب — آثار الحكم بين الحاجز والمحجوز لديه . يترتب على هذا الحكم أن المحجوز لديه يستطيع أن يدفع إلى الحاجز أقل الدينين . ولكن اذا أبقى المحجوز تحت يده الدين وحكم بصحة الحجز ثم جد حاجزون آخرون فهل يكون للحاجز الأول أولوية على بقية الحاجزين ؟ يرى بعض الشراح أن الحكم بصحة الحجز هو طريقة للوفاء وأنه لا يخرج الدين من ثروة المحجوز عليه وان باب الحجز يظل مفتوحاً لحين انقضاء الموعد المحدد للتقديم في التوزيع . ويرى فريق آخر أن الحكم بصحة الحجز يخرج الدين من ثروة المحجوز عليه وينقله إلى ثروة الحاجز من طريق الحوالة القضائية . وبذلك يصبح الحاجز دائئاً للمحجوز لديه . يترتب على ذلك اختصاص الحاجز بما حجز عليه وعدم تأثره بأي حجز يستجد بعد ذلك وقد تردد القضاء المختلط بين هذين الرأيين .

الفصل الثانى — فى الوفاء مع الحلول محل الدائن

١٢٠ — فى معنى الحلول . يتقاضى التعهد بالوفاء اذا كان المدين هو الموفى ولكن اذا قام بالوفاء غير المدين فيبقى التعهد قائماً بالنسبة للمدين . ولئن أوفى بدل المدين الحق فى الرجوع عليه بما أوفى إما بصفته وكيلأ أو فضولاً حسب الأحوال . وقد يكون للغير دعوى المقرض اذا أقرض المدين نقوداً ليدفع بها الدين . وقد يكون للموفى دعوى الدائن الذى أوفاه اذا انتقلت اليه حقوق الدائن الأصل قبل المدين . وانتقال هذه الحقوق الى الموفى يحصل بواسطة الحلول subrogation ومتى حل الموفى محل الدائن انتقل الى الأول الحق المتعهد به وجميع ملحقاته كالتأمينات وخلافها .

١٢١ — فى فوؤر الحلول . يستفيد الدائن الجديد من الحلول اذا بضمن بواسطته استرداد مادفعه بفضل انتقال التأمينات اليه . ويستفيد الدائن الأصل لأن الحلول يغرى الغير على الوفاء فى وقت لا يستطيع فيه المدين الوفاء . ويستفيد المدين الذى يتعذر عليه الوفاء من قيام الغير بالوفاء قترأ ذمته من الدين قبل الدائن القديم .

١٢٢ — فى ماهية الحلول : الوفاء مع الحلول هو وفاء مبرى للمدين والحلول الذى يلزم هذا الوفاء هو نظام قانونى مقتضاء ان للتعهد الذى أوفاه الغير يبقى قائماً لصالحه ينتقل اليه مع جميع ملحقاته لكن هذا التعهد يعتبر منقضىاً بالنسبة للدائن الأصل . وفى الحق أنه لا يمكن تصور انقضاء التعهد بالنسبة للدائن الأصل مع القول ببقائه بالنسبة للدائن الجديد . والحلول على هذه الصور مناقض للمنطق القانونى . ولكن القوائد الكثيرة التى ترتب على الحلول جعلته ضرورة من ضرورات الحياة . وقد تتنافر هذه الضرورات أحياناً مع المنطق القانونى وقد ضحى المشرع المنطق القانونى تحقيقاً لبعض ضرورات عملية (كابتنان ج ٢ ص ٩٢)

١٢٣ - في أموال المأجور . لا يحصل الحلول دائماً لصالح الأجنبي الموفى فهو لا يقع إلا بالاتفاق أو بحكم القانون .

(١) الحلول الاتفاقى^(١) . يحصل الحلول الاتفاق برضاء الدائن أو برضاء المدين .

١ - الحلول برضاء الدائن . يجوز للدائن الذى يستوفى دينه من شخص غير المدين أن يحله محله كما أن للدائن الحق فى أن يرفض ذلك . ويتعدى هذا الحق الى كل شخص يجوز له أن يتلقى الوفاء نيابة عن الدائن . فالمحضر بصفته وكيلاً عن الدائن فى قبض الدين يجوز له ا حلال الموفى محل الدائن الاصلى . ويجب لصحة الحلول توافر شرطين وهما أن يكون الاحلال صريحاً وأن يقع حين الوفاء لا بعده . وذلك لأن الوفاء يسقط التعهد وملحقاته كالتأمينات والرهون . وفى هذا يقول المادة ٢٢٥/١٦٢ « التأمينات التى كانت على الدين الاصلى تكون تأميناً لمن دفعه ... اذا قبل الدائن عند الاداء له انتقال التأمينات لمن دفع الدين اليه ، ويحصل الحلول غالباً فى مستند المخالصة . ولم يشترط القانون استعمال صيغة خاصة . ومثال الحلول : باع شخص عقاراً وتعهد المشتري أن يدفع الثمن بعد انقضاء خمس سنين بفائدة ٦ ٪ فاذا احتاج البائع الى الثمن بعد انقضاء سنة فهو يستطيع أن يحصل على الثمن من متمول فى نظير ا حلاله محله فيما له من الحقوق قبل المشتري .

ب - الحلول برضاء المدين . أجاز القانون للمدين أن يقترض من أجنبي ما يكون منه وفاء التعهد وأن يحل ذلك الشخص محل الدائن فى حقوقه أى فى الدين والتأمينات التى كانت للدائن الاصلى (م ١٦٤ مدنى أهلى) ، ولا يشترط القانون المدنى الاهلى أن يكون الاتفاق على الحلول ثابتاً بعقد رسمى لكن القانون المختلط يشترط أن يكون الاقراض والحلول ثابتين بعقد

رسمى . وفي هذا تقول المادة ٢٢٧ مدنى محتاط « يجوز للدين أن يقتضى بدون وساطة داتته من شخص آخر ما يكون منه وفاء المتعهد به وان ينقل لذلك الشخص التأمينات التى كانت للدائن الاصلى بشرط أن يكون الاقتراض والنقل ثابتين بسند رسمى »

واذا كان القانون الاهلى لم يشترط تحرير عقد رسمى الا أنه يشترط لامكان الاحتجاج بالحلول على الغير أن يكون الحلول ثابت التاريخ عملاً بالمادة ١٤٢/٢٠٣ م التى تقول « ولا يجوز التمسك بها (أى بالمشارطات) على الغير الا اذا كان تاريخها ثابتاً بوجه رسمى » ، وتقول المادة ٢٢٨/٢٩٢ « لكنها — المحررات الغير الرسمية — لا تكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، واذا كان الدين مضموناً برهن عقارى أو امتياز عقارى فيجب التأشير بالحلول بهامش التسجيل الاصلى وفى هذا تقول المادة ١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٢٣ « لا يصح التمسك فى وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز عقارى ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن فى هذه الحقوق بحكم القانون أو بالاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن ترتيب الرهن العقارى إلا إذا حصل التأشير بذلك بهامش التسجيل الاصلى . ويتم التأشير بناء على طلب المحول اليه أو الدائن المرتهن أو الذى حل محل الدائن السابق . ويشتمل التأشير (أولاً) على تاريخ السند وصفته (ثانياً) على أسماء الطرفين وألقابهم وصناعاتهم ومحل اقامتهم (ثانياً) على بيان التسجيل الاصلى مع نمرة المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة التسجيل » .

ولا يشترط فى الحلول برضاء المدين قبول الدائن . فاذا امتنع عن قبول الوفاء فيعرض عليه المتعهد به عرضاً حقيقياً وان أصر على الرفض تودع النقود على ذمته فى خزينة المحكمة .

(٢) في الحلول بحكم القانون^(١) . يقع الحلول بحكم القانون في ثلاثة أحوال ذكرها القانون في المادة ١٦٢ / ٢٢٥ م وهي :

(١) الحلول محل دائن ممتاز أو مرتهن . إذا ألح الدائن في الحصول على دينه وكان دينه مقدما على غيره بناء على رهن أو امتياز وكان هذا الدين أقل من قيمة العين فلا يتردد الدائن في التنفيذ على أموال المدين . وقد يقع ذلك في ظرف غير ملائم بسبب أزمة اقتصادية فيلحق ضرراً بليغا ببقية الدائنين الذين يلونه في المرتبة . من أجل ذلك أجاز القانون لكل دائن سواء أكان مرتهناً أم ممتازاً أم عادياً أن يدفع الدين ويحل محل الدائن المرتهن وبذلك يكسب المدين وقتاً لبيع أمواله في الوقت المناسب والوفاء بجميع المطلوب منه . ولأجل أن يحل الموفي محل الدائن الأصلي يجب (١) أن يكون دائناً للدائن (٢) وأن يكون الدائن الأصلي مقدماً عليه في المرتبة فالدائن الممتاز متقدم على الدائن المرتهن والدائن المرتهن الثاني يستطيع أن يحل محل الدائن المرتهن الأول إذا أوفى إليه دينه .

ويجوز أن يكون للدائن المتقدم مصلحة في ابعاد دائن يليه في المرتبة يصعب الاتفاق معه . فللدائن المتقدم الموفي أن يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إنما يكون الحلول هنا برضاء المدين .

(ب) حلول مشتري العقار المرهون محل الدائنين المرتهنين . إذا اشترى شخص عقاراً مرهوناً ودفع الثمن إلى البائع فهو يتعرض لدعوى الدائنين المرتهنين إذا كانوا لم يستوفوا ديونهم من مدينهم البائع ، لذلك أجاز القانون للمشتري أن يؤدي الثمن مباشرة إلى الدائنين المرتهنين على حسب أسبقيتهم في الرهن . والوفاء على هذه الصورة يبرئ المشتري قبل البائع ويحل المشتري محل الدائنين المرتهنين أو المتقدمين في الدرجة ويكون له حق الأولوية على

كل الدائنين . ولا تظهر فائدة هذه الحلول إلا في حالة ما اذا كان ثمن العقار لا يفي بحقوق كل الدائنين المرتهين لأنهم يستطيعون أن ينفذوا على العقار المرهون فاذا رضى المزداد على أجنبي فيكون للبشترى الحق في الاستيلاء على الثمن الذى دفعه باعتباره حالاً محل الدائنين المتقدمين في المرتبة واذا تبقى شيء من ثمن العقار فيستولى عليه بقية الدائنين وهذه الحالة من شأنها أن تمنع الدائنين المتأخرين في المرتبة من التنفيذ على العقار خصوصاً اذا كانت ديونهم تزيد على ثمنه إلا اذا كانوا يرجون أن يساع بثمان مرتفع . ويجوز لمشتري العقار أن يتبع طريقة التطهير المنصوص عنها في المادة ٥٧٥/٦٩٨ مدنى ولكنها قليلة الاستعمال فى مصر .

(ج) حلول المدين الملتزم بالدين محل الدائن . يستفيد من هذا الحلول فريقان من الملتزمين وهما (١) الملتزمون مع الغير وهم المدينون المتضامنون والمدينون بتعهد غير قابل للقسمة والكفلاء فى علاقتهم مع بعضهم بعضاً لأن الكفيل اذا دفع الدين كله فيكون دفع دينه ودين غيره من الكفلاء (٢) الملتزمون عن الغير وهم الكفيل فى علاقته مع المدين ومن قدم كفالة عينية والأجنبي الحائز للعقار المرهون الذى يدفع الديون المسجلة على العين . والفرص هنا أن هذا الأجنبي غير ملزم بالدين كدين أصلى أو كفيل (م ٥٧٨/٧٠١م) ويحل الدائتون الملتزمون مع الغير محل الدائن حلولاً جزئياً بعد استئزال ما يخصهم من الدين . أما الدائتون الملتزمون عن الغير فيحلون محل الدائن بكل ما أوفوه .

١٢٤ - فيما يترتب على الحلول . ينتج الحلول سواء أكان اتفاقاً أم قانونياً نتائج واحدة . وأول أثر يترتب على الحلول هو نقل التعهد أى أن المدين يصبح مديناً لدائن جديد وتنتقل مع التعهد الحقوق التبعية الخاصة به الى الدائن الجديد كحق الامتياز والرهن . فاذا كان الدين تجارياً جاز للدائن

الجديد أن يقاضى المدين أمام الدائرة التجارية (مختلط) وإذا كان الدين ثابتاً بسند رسمي أو بحكم جاز للدائن أن ينفذ فوراً على أموال المدين . وإذا كان الدين ناشئاً عن عقد بيع كالمحل للدائن الجديد محل البائع جاز للدائن أن يرفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن (١٣/٣٣٢م ٤١٣مدين) وإذا كان الدائن الأصلي سجل تنبيه نزع الملكية وأصبحت الثمرات ملحقة بالعقار جاز للدائن الذى حل محله أن يستفيد من الآثار المترتبة على تسجيل التنبيه . وإذا استطاع الدائن الأصلي رفع الدعوى البوليسية لتوافر شروطها جاز للدائن الجديد أن يستعمل هذا الحق . وبالمجلة فالحلول يعطى للدائن كل الحقوق التى تنشأ عن الحوالة أى كل الحقوق التى للدائن القديم . إنما يرد على الأثر الناقل للتعهد قيدان : (١) الغرض من الحلول هو إعطاء الدائن الحال حق الرجوع لكي يتمكن من الحصول على ما دفعه . ينبى على ذلك أنه إذا أبرأ الدائن الأصلي المدين من جزء من الدين لكنه أعطى الى الدائن الجديد (الحال) مخالصة كاملة عن كل الدين فلا يلزم المدين إلا بدفع المبلغ الحقيقى الذى دفع فعلاً الى الدائن الأصلي (٢) إذا كان الدائن الجديد ملزماً بدفع الدين وحل محل الدائن الأصلي فلا يجوز له أن يطالب الضامن إلا بالنصيب الذى يجب أن يتحمله الضامن فى النهاية . بعكس الدائن الأصلي فيجوز له أن يطالب أحد الملتزمين بكل الدين .

١٢٥ - فحين يرمع عليهم فى حالة الحلول . يجوز للدائن الجديد

الرجوع على المدينين والكفلاء . وإذا كان الدين مضموناً برهن عقارى وانتقلت العين المرهونة الى أجنبي فيجوز للدائن أن ينفذ عليها عملاً بحق التبعية .

ويجوز للدائن الجديد أن يرجع على المدين لا بصفته حالاً محل الدائن القديم بل بصفته وكلاً أو فضولياً . وقد يكون للدائن مصلحة فى أن يطالب بهذه الصفة إذا كان الدين الذى أوفاه لا يعطى فوائد فيجوز له المطالبة بالفوائد

من يوم الوفاء^(١) اذا طالب بصفته وكيلًا (م ٥٢٦/٦٤٧ مدني). ويستفيد الدائن الجديد من مطالبته بهذه الصفة لأنه يستطيع أن يشترك مع الدائن القديم في اقتسام أموال المدين قسمة غراما اذا كانت أمواله لا تكفي بوفاء ماعليه . في حين أنه لو طالب بصفته حالا فلا يكون له هذا الحق إلا إذا كان متفقاً على خلاف ذلك في مستند الحلول .

ولا يلتزم المٌحل نحو الحال بضمان وجود الدين اذا تبين فيما بعد أن الدين غير موجود . والسبب في ذلك أن الدائن القديم يقبوله الوفاء لا يسعى وراء المضاربة من طريق بيع دينه ولكنه يطالب فقط بماله في ذمة المدين . من أجل ذلك ينتقل الدين الى الغير الموفى بواسطة الحلول دون أن يترتب على ذلك خلق أى التزام يتحمله الدائن القديم كالضمان الذي لا يمكن تصور وجوده لو أن الوفاء حصل اليه بمعرفة المدين الحقيقي . ولكن هل معنى ذلك أن الدائن القديم يستحل ما استوفاه من الغير في حالة عدم وجود الدين ؟ كلا . فالدائن القديم يلزم برد ما استولى عليه بدون وجه حق . ولكن التزامه هذا لا يقوم على دعوى الضمان المترتبة على الحلول بل يقوم على دعوى رد ما استولى عليه بدون وجه حق *action en répétition de l'indu* وهناك فروق بين الدعويين . فالمستولى على شيء بدون وجه حق يلتزم فقط برد ما استولى عليه ولا يلتزم برد الفوائد والثمرات والمصاريف إلا اذا كان سيء النية (م ١٤٥ و ١٤٦/٢٠٧ و ٢٠٧ مدني) أما الالتزام المترتب على دعوى الضمان فيترتب عليه الالتزام بكل التعويض .

١٢٦ - **الحلول والوفاء الجزئي** . يحدث أحيانا أن الدائن لا يستولى إلا على جزء من الدين ويحتفظ بما بقي له . ولنفرض أن شخصا اشترى عقارا بمبلغ ١٠٠٠ جنيه وتعهد بدفع الثمن على خمسة أقساط سنوية متساوية ودفع.

(١) لا يستطيع الحال أن يطالب بالفوائد الا من يوم المطالبة الرسمية (سم ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ تق ٣٦ ، ١٠٩)

القسط الأول بنقود مقترضة وأحل المقرض في حقوق البائع . وقبل أن يدفع باقى الثمن نزع ملكية العقار من تحت يد المشتري وتمسك كل من بائع العقار والحال بامتياز البائع فكيف يحصل الوفاء ؟ من القواعد المقررة ^(١) أنه لا يجوز أن يضار الدائن بالحلول الذى قرره القانون لمصلحته وقد سرى القانون على هذه القاعدة في باب الكفالة فقضى بأن الكفيل اذا دفع جزءاً من الدين فلا يرجع على المدين إلا إذا استوفى الدائن المكفول دينه بتمامه (م ٦١٧/٥٠٥ مدنى) وقد اتبعت المحاكم المختلطة هذه القاعدة في أحكام كثيرة (سم ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٥ تق ج ١٨ ، ١١٠ وسم ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ تق ج ٢٥ ، ٤٦٨ وسم ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ، ٢٣٥) .

وإذا استولى الدائن المرتهن أو الممتاز على ما تبقى له في ذمة المدين من غير ثان *second tiers* وأحله محله بدوره فهل يفضل هذا الحال الثانى على الحال الأول ؟ نعم . وذلك لأن الدائن تنازل له عن جميع حقوقه بما في ذلك حتى الأولوية الذى لدينه الحالى . (كابتان ج ٢ ص ١٠١ وبلانيول ج ٢ بند ٥١٥) على أن الآراء لم تستقر في هذه المسألة . فيرى البعض أن حق الأولوية هو حق شخصى متعلق بالدائن لا ينتقل الى غيره بحلول جديد . وقد أخذ بهذا رأى الشراح الأقدمون وبعض المحاكم (برتنيه د ، ١٩٠٣ ، ٧٣ ، ٢) .

وعلى كل فيجوز الاتفاق على أن يتنازل الدائن الأصلى عن حقه في الأولوية لمصلحة الغير الذى يقوم بالوفاء الجزئى ولا يستولى إلا على ما يتبقى بعد استيفاء الغير لما دفعه وهو ما يحصل عادة إذا كان الموفى غير مازم بوفاء الدين .

١٢٧ - في الفرق بين الحوالة والحلول . تشابه الحوالة بالحلول من

(١) يقول النبل اللاتينى *nemo censetur subrogasse contra se* وفارن م ١٢٥٢ من القانون المدنى الرئسى

قبل المزايا التي تترتب على كل منهما . إلا أن العمليتين يختلفان من الوجوه الآتية : —

(١) الحوالة عمل اختياري يحصل دائماً بإرادة الدائن . أما الحلول فقد يحصل بحكم القانون أو بإرادة المدين فقط .

(٢) لا يشترط في الحلول رضا المدين أو إعلانه . أما الحوالة فلا يمكن أن يحتاج بها على المدين إلا برضائه على حسب القانون المدني الأهل (م ٣٤٩) أو بالإعلان على يد محضر على حسب القانون المدني المختلط (م ٤٣٥ و ٤٣٦) .

(٣) لا يملك المحال لإدعوى الحوالة . أما الحال فله فضلاً عن الدعوى المترتبة عن الحلول دعوى الوكالة أو الفضالة .

(٤) يضمن المحيل وجود الدين (م ٣٥١ / ٣٤٩ مدني) أما الحلول فلا يشتمل على معنى الضمان (بند ١٢٤) .

(٥) إذا استطاع الحال أن يحمل الدائن القديم على إبراء ذمة المدين فلا يستطيع مطالبة المدين بعد ذلك إلا بالمبلغ الذي دفعه حقيقة لأن الفرض في الحال أنه يؤدي خدمة إلى المدين لا يجوز أن يثاب عليها ويكفي أن يكون في مأمن من تحمل أية خسارة . أما المحال فهو مضارب يعمل على الربح من وراء شراء الديون . فإذا اشترى الدين بأقل من قيمته الاسمية فيجوز له أن يطالب المدين بكل الدين وهو الذي يستفيد من الفرق بين القيمة الاسمية والقيمة الحقيقية للدين .

الفصل الثالث — في الوفاء بغير الشيء المتفق عليه^(١)

١٢٨ — تعريف . يجوز أن يحصل الوفاء بغير الشيء المتفق عليه dation en paiement كما لو كان موضوع التعهد مبلغاً من النقود فأوفى المدين

دينه بتسليمه بضاعة أو بتملكه عقار . ولا يكون الوفاء على هذه الصورة مبرئاً لذمة المدين إلا برضاء الدائن . لذلك يتشابه الوفاء بغير الشيء المتفق عليه بتجديد التعهد بتغيير موضوعه . إنما بشرط أن يقع التنفيذ فوراً . ويترتب على هذه العملية براءة الكفيل . وفي هذا تقول المادة ٦٢٤/٥١١ م « تبرأ ذمة الكفيل بقبول الدائن شيئاً بصفة وفاء للمدين ، ولو حصلت دعوى من الغير باستحقاقه ذلك الشيء » . ويترتب على الوفاء بغير الشيء المتفق عليه انقضاء التعهد وتوابعه .

١٢٩ - مقارنة بالبيع . وهذا النوع من الوفاء يشبه البيع في أن المدين يبيع مايوفي به بثمن يعادل الدين ويصير الدائن مالكا للشيء الذي قدمه المدين للوفاء . على أن هناك فرقاً بين الوفاء بغير الشيء المتفق عليه والبيع : (١) البيع ينقل الملكية الى المشتري ولو لم يدفع الثمن . أما في الوفاء بغير الشيء المتفق عليه فيجوز للمدين أن يسترد العين التي قدمها للوفاء اذا كان الدين غير موجود (٢) لأجل أن تنتقل ملكية الأشياء المعينة لا يشترط في حالة البيع التسليم بعكس الحال في الوفاء بغير الشيء المتفق عليه فلا تبرأ ذمة المدين إلا اذا تسلم الدائن العين .
ويقضى القانون التجارى بطلان الوفاء بغير الشيء المتفق عليه الحاصل في فترة الرية (٢٢٨ م / ٢٢٦ تجارى)

الفصل الرابع - في تجديد التعهد

١٣٠ - تعريف . تجديد التعهد هو انقضاء تعهد وانشاء تعهد جديد بدله (١٨٦ م / ٢٤٩ م) . ويشترط في التعهد الجديد أن يكون مخالفاً للتعهد الأول فان لم يكن مخالفاً له كان التعهد الجديد اعترافاً أو تأكيداً للتعهد الأول ١٣١ - شروط التجديد . يشترط لحصول التجديد توافر شروط

خمسة وهى: (١) وجود تعهد سابق (٢) انشاء تعهد جديد (٣) اختلاف التعهدين (٤) نية التجديد (٥) أهلية التصرف

١٣٢ — ومود تعهد سابق . (١) يشترط لصحة التجديد وجود تعهد سابق والا اعتبر التعهد الجديد باطلا لعدم وجود سبب له . وذلك لأن التجديد يقوم مقام الوفاء وكل وفاء يقتضى وجود تعهد فان لم يوجد تعهد سابق فلا يقع التعهد الجديد لأن المتعهد يعتبر انه علق قبوله التعهد الجديد على انقضاء التعهد القديم فاذا كان التعهد القديم غير موجود أو باطل (١) فلا تعهد جديد . واذا كان التعهد القديم طبيعياً فيجوز تجديده بتعهد جديد . واذا كان التعهد القديم باطلا أو معيياً بسبب عدم الأهلية أو الخطأ أو الغش أو الاكراه واستمر هذا العيب إلى وقت حصول التعهد الجديد وقع التعهد الجديد باطلا . لكن اذا زال العيب وقت عمل التعهد الجديد كما لو بلغ القاصر فيكون التعهد الجديد صحيحاً ويعتبر اقراراً بصحة التعهد القديم . واذا كان التعهد القديم معلقاً على شرط توقينى أو فاسخ فيكون التعهد الجديد معلقاً على نتيجة التعهد القديم . فينفذ التعهد الجديد اذا تحقق الشرط الموقوف للتعهد الجديد اذا تحقق الشرط الفاسخ .

١٣٣ — انشاء تعهد جديد . (٢) لا يقصد الدائن اسقاط التعهد القديم بلا مقابل بل يقصد انشاء تعهد جديد بدل القديم . فاذا لم ينشأ التعهد الجديد فلا يحصل تجديد ويبقى التعهد القديم قائماً وهو ما يحدث اذا كان التعهد الجديد باطلا بطلاً مطلقاً أو اذا كان معلقاً على شرط توقينى فلا يحصل التجديد إلا عند تحقق الشرط . انما اذا كان التعهد الجديد معلقاً على شرط فاسخ أو اذا كان باطلا بطلاً نسبياً فيقع التجديد ولكن اذا حكم بالبطالان أو اذا تحقق الشرط الفاسخ فيسرى أثر ذلك على الماضى أى يعتبر التعهد الجديد كأن لم يكن . ويعتبر التعهد القديم باقياً إلا اذا كانت نية الدائن

توجهت نحو استبدال التعهد القديم بالتعهد الجديد رغم عيبه أو رغم وجود الشرط الفاسخ . ويعتبر الدائن في هذه الحالة مخاطرأ يتحمل نتيجة مخاطرته .

١٣٢ - **متمتعون التعهدين** . يجب أن يكون التعهد الجديد مختلفا عن التعهد القديم بأن يتصف بصفة لم تكن موجودة في التعهد القديم . وتقول المادة ٢٥١/١٨٧ م « يحصل الاستبدال ... اذا اتفق الدائن والمدين على استبدال الدين الأصلي بدين جديد أو على تغيير سبب الدين الأصلي بسبب آخر ، فاذا كان مطابقا للتعهد القديم فلا يقع الاستبدال (تجديد التعهد) . ويجب أن يتغير أحد أركان التعهد القديم ويكون ذلك اما (١) بتغيير الدائن (ب) المدين (ج) موضوع التعهد (د) سبب التعهد .

(١) التجديد بتغيير الدائن . يحصل تجديد التعهد بتغيير الدائن باتفاقه مع المدين على أن يحصل وفاة التعهد الى شخص ثالث . وقد أشارت المادة ٢٥١/١٨٧ مدني الى هذه الحالة فقالت « أو اذا اتفق الدائن مع مدينه على دفع الدين لشخص آخر وارضى الشخص المذكور ذلك » ويسمى التجديد بتغيير الدائن *Novation par changement de créancier* . فاذا تم الاتفاق على هذه الصورة وقبل الدائن الجديد ذلك تم التجديد وأصبح المدين ملزما بالوفاء الى الدائن الجديد . والتجديد بتغيير الدائن يشابه الحوالة من بعض الوجوه ولكنه يختلف عنها في أن الدائن الجديد في حالة التجديد لا تنتقل اليه التأمينات الخاصة بالتعهد القديم كالرهن والامتياز والكفالة . أما في الحوالة فتنتقل التأمينات الخاصة بالتعهد الى المحال ، لذلك يعرض التجديد الدائن الجديد لاخطار جسيمة بسبب زوال التأمينات المتعلقة بالتعهد القديم ، ومن أجل ذلك يندر حصول التجديد بتغيير الدائن ^(١)

(١) وهناك فرق آخر لكنه خاص بالقانون المدني المختلط وهو أن تجديد التعهد يقتضي رضا المدين اما في الحوالة فلا يشترط رضا المدين . ولا وجود لهذا الشرط في القانون للمدين الأمل الذي يشترط لصحة الحوالة رضا المدين بها .

(ب) التجديد بتغير المدين Novation par changement de débiteur
ويحصل بسعى المدين أو أجنبى بأن يقبل الدائن المدين القديم من تعهده
ويقبل تعهد المدين الجديد^(١) ويحصل التجديد برضاء الدائن والمدين
القديم ، والمدين الجديد كما لو تنازل مستأجر عن إيجار محل الى اخر وتعهد
هذا الأخير بأن يدفع الإيجار الى المؤجر رأساً وقبل المؤجر اقالة المستأجر
الأصلى من تعهده فى نظير قبوله تعهد المدين الجديد ، أو اذا باع شخص
عقاراً واتفق فى عقد البيع على أن يدفع المشتري جزءاً من الثمن مباشرة الى
دائن البائع الذى أعطى الى المدين (البائع) مخالصة عن الدين .

الانابة^(٢) والتجديد الحاصل برضاء الدائن والمدين القديم والمدين الجديد
يسمى الانابة التامة délégation parfaite وقد أشارت اليه المادة ١٨٧/٢٥١م
فقال : يحصل الاستبدال . اذا استحصل المدين على رضائيه باستيفاء دينه
من شخص آخر ملتزم بادائه بدلا عن المدين ، ويسمى المدين القديم المنيب
délégant والمدين الجديد النائب délégué والدائن المستفيد délégataire
ويشترط فى الانابة التامة التى يترتب عليها تجديد التعهد أى زوال تعهد
المنيب (المدين القديم) أن يرى المستفيد (الدائن) المدين القديم .
ويجب أن يفصح الدائن عن ارادته فى الإبراء . فلذا لم يصحح الدائن ارادته
اعتبرت الانابة ناقصة délégation imparfaite ويصبح للدائن مدينان
ملتزمان بالوفاء أى أنه لا يحصل تجديد فى التعهد بتغير المدين ويعتبر النائب
فى هذه الحالة كالكفيل^(٣)

وقد يحصل التجديد بتغير المدين بدون رضاء المدين الأصلى ويسمى

(١) - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٤ ، ق ج ٢٧٤ ، ٢٧٥ وسم ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ ، ق ج ٣٩ ، ٤٠

H. Capitani, La cause des obligations no 175 et suiv. (٢)

(٣) أنظر كتابنا الأوراق التجارية بند ١٧

expromission . والفرض هنا أن يسعى أجنبي لدى الدائن في قبول تعهده بدفع الدين في نظير إبرائه ذمة المدين الأصلي وهي حالة نادرة الحصول لكننا نسوق المثل الآتي . انقضت شركة تجارية وحصل الاتفاق على أن يقبل أحد الشركاء دفع ما لهذا الدائن قبل الشركة المنقضية في نظير تنازله عن دينه قبل الشركة . وبهذه الكيفية يقع تجديد في التعهد بتغيير المدين دون إرادة المدين الأصلي أي الشركة . وقد أشارت المادة ١٨٧ / ٢٥١م الى هذه الحالة فقالت : يحصل الاستبدال . . . اذ اتفق الدائن مع شخص على انتقال الدين لنعمته وبراءة ذمة المدين الأصلي بدون احتياج لرضاه بذلك ، وهذه الحالة لا تخرج عن القاعدة العامة المقررة في الوفاء التي تميز الوفاء من أجنبي رغم إرادة المدين .

(ج) تغيير موضوع التعهد ^(١) . ويحصل اذا كان المتعهد مديناً بمبلغ من النقود واتفق مع دائئه على أن يدفع له مرتباً مقررأ مدى الحياة أو اذا تأخر مستأجر في دفع الإيجار ثم تعهد بتوريد غلال الى المؤجر . ولكن لا يعتبر تجديدأ للتعهد تغيير كيفية الوفاء وزيادة أو تنقيص التأمينات . واشتراط فائدة لم تكن مشروطة وتحرير سند رسمي بدل سند عرفي لأن كل ذلك لا يمس أصل التعهد انما اذا كانت الاضافة أو النقص مما يؤثر في أصل التعهد فيعتبر تجديدأ له .

(د) تغيير سبب التعهد ، ويحصل كما لو تأخر مستأجر في دفع الإيجار فحرر سندأ إذنيأ لمصلحة المؤجر . فسبب التعهد الأصلي عقد إيجار وفي التعهد الثاني عقد قرض . أو اذا فتح وكيل بالعمولة حساباً جارياً لدى صير في فكل التعهدات التي تنشأ بينهما وتفيد في الحساب الجارى تتجدد .

(١) ويسمى novation objective وبجانبه novation subjective أي بتجديد الشيء والثاني وهو الحاصل بتغيير الدائن أو الدين .

١٣٥ - نية التجهير (٤) يشترط توافرية التجديد *animus novandi*

وذلك لأنه من المحتمل أن يكون التعهد الثاني مقصوداً لذاته وأن الدائن لم يقصد انقضاء التعهد الأول. ويجب أن تظهر هذه النية من مجموع العقد فلا تؤخذ بطريق الظن، فلا يعتبر تجديدًا للتعهد تعيين شخص للقبض نيابة عن الدائن^(١) ولا التزام شخص بالدين مع المدين دون أن يحل محله، والبايع الذى يقبل ورقة تجارية من المشتري بدل الثمن لا يعتبر أنه جدد التعهد (نقض فرنسي ٢٨ ابريل سنة ١٩٠٠، د، ١٩٠١، ١٧) بل أنه قبل طريقة للوفاء لذلك لا يفقد البائع حقوقه كبائع (دعوى الفسخ، حق امتياز البائع، ضمان الثمن). ولكن إذا ذكر في عقد البيع وصول الثمن الى البائع وحرر المشتري سنداً إذنيًا بالثمن فيفقد حقوق البائع ويعتبر تحرير السند تجديدًا للتعهد.

١٣٦ - أهلية التصرف. (٥) يقتضى التجديد زوال التعهد القديم وانشاء تعهد جديد لذلك يجب أن يكون الدائن أهلاً للتصرف في التعهد القديم والمدين أهلاً لأن يتحمل تعهداً جديداً. وقد يستطيع الشخص أن يتلقى الوفاء لكنه لا يستطيع تجديد التعهد لأنه معتبر من أعمال التصرف.

١٣٧ - الإثبات. يخضع التجديد لقواعد الإثبات، ويلاحظ أن المادة ٢٥٠/١٨٦ م قالت «ويكون الاستبدال بعقد» وهو ما يوجب بضرورة تحرير عقد مكتوب. والحقيقة أن الكتابة ليست شرطاً لصحة التجديد، لأن التعاقد يتم بين العاقلين بمجرد الإيجاب والقبول.

١٣٨ - فى آثار التجهير. ينتج التجديد أثرين الأول أنه يسقط التعهد القديم والثاني أنه يوجد تعهداً جديداً. وهذان الأثران مرتبطان ببعضهما ارتباطاً وثيقاً فإذا وقع أحدهما دون الآخر فلا يقع التجديد.

(١) زوال التعهد القديم . اذا تم التجديد يسقط التعهد وكل ملحقاته كالامتياز والرهن والكفالة . ولهذا السبب ينذر استعمال التجديد . وقد أجاز القانون في المادة ٢٥٢/١٨٨ مدنى استبعاد هذا الأثر اذا صرح فى التعهد الجديد بقاء التأمينات الخاصة بالتعهد القديم . ولكنه أتى بعد ذلك ببعض قيود نشرها فيما يلى :-

التأمينات الشخصية . فصل القانون بين التأمينات العينية والتأمينات الشخصية . فقتضى بالنسبة لهذا النوع الأخير بعدم جواز انتقالها . فاذا كان الدين القديم مكفوفاً بكفيل فلا تنتقل كفالاته إلى التعهد الجديد . وذلك لأن الكفيل كفّل المدين فى ظروف معينة فاذا تغيرت هذه الظروف سقطت كفالاته إلا اذا قبل الكفيل بقاء تعهده وفى هذه الحالة يعتبر الكفيل أنه تحمل تعهداً جديداً . وفى هذا تقول المادة ٢٥٥/١٩١ م لا يصح ... نقل التأمينات الشخصية كالـ كفالة والتضامن الا برضا الكفلاء والمتضامنين .

التأمينات العينية . اذا اتفق على نقل التأمينات الى التعهد الجديد فيجب أن لا يترتب على هذا الانتقال ضرر الغير وفى هذا تقول المادة ٢٥٣/١٨٩ م « يجوز للدين والدائن أن يتفقا على أن التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحسب العين تكون تأميناً على الدين الجديد اذا لم تكن فيه زيادة تضر بحقوق الغير » ويتحقق الضرر بالنسبة للغير فى حالة زيادة الدين الجديد على الدين القديم كما لو كان الدين القديم مقداره ألف جنيه والدين الجديد ١٥٠٠ جنيه فاذا كان الدين القديم مكفوفاً برهن وانتقل الرهن الى التعهد الجديد لترتب على ذلك ضرر الدائنين المرتهنين الذين يلون الدائن المرتهن الأول فى المرتبة .

وغنى عن البيان أنه اذا تم التجديد بتغيير المدين فلا ينتقل الرهن المقرر على عقار المدين القديم الى عقار المدين الجديد لأنه لا يمكن تقرير رهن على

عقار المدين الجديد إلا اذا قبل المدين ذلك وروعت كل الاجرامات القانونية باعتباره رهناً جديداً .

وانتقال التأمينات العينية الى المدين الجديد لا يقتضى رضا المدين القديم (م ١٨٩ / ٢٥٢ مدني) .

(١) حماية الغير . تقضى المادة ١٩١ / ٢٥٥ م بأن الاتفاق على نقل التأمينات لا ينفذ على غير المتعاقدين إلا اذا كان حاصله مع الاستبدال في آن واحد بوثيقة رسمية .

(٢) انشاء تعهد جديد . التعهد الجديد هو الذى يقرر علاقات المتعاقدين بدل التعهد القديم . يترتب على ذلك أن المدفوعات في الحساب الجارى تقضى لكنها تجدد من يوم القيد في صورة عقد حساب جار وتفقد صفتها المدنية — ان كانت مدنية — وتسرى عليها القواعد التجارية المتعلقة بالاختصاص والفوائد (أنظر كتابنا الأوراق التجارية ج ٢ بند ٢٠٧) .

الفصل الخامس — المقاصة

١٣٩ — تعريف . المقاصة Compensation هي احدى طرق انقضاء التعهدات تعنى المدينين من الوفاء ومن التنفيذ الفعلى . ففي كل مدين بما عليه . بتنازله عن حقه ويضمن كل دائن حقه أى بالحصول على ماله قبل مدينه برفضه الوفاء . وفضلا عن كونها تسهل الوفاء لسكل من المتعاملين فهي تحقق المساواة بينهما لأن المدين اذا دفع ماعليه دون أن ينتظر وفاء مدينه يتعرض بعد ذلك لاعسار مدينه الذى قد يبدد النقود التى قبضها ولا يوفى ما فى ذمته الى دائته . ولكن يلاحظ من جهة أخرى أنه اذا كان أحد المدينين معسراً ووقعت المقاصة بينه وبين مدينه فان المدين الذى حصلت المقاصة لمصلحته يمتاز على بقية دائتى المدين المعسر لأنه يستولى بواسطة المقاصة على كل دينه

ويمتاز على بقية الدائنين في أنه لا يخضع لقسمة الغرماء ولهذا السبب حرم القانون حصول المقاصة في حالة افلاس المدين ابتداء من تاريخ الحكم بأشهار الافلاس حتى تسود المساواة بين كل الدائنين (م ٢١٧/٢٢٥ تجارى)

١٤٠ — فائدتها . وللمقاصة أهمية كبرى في المعاملات التجارية لأن

التجار تنشأ فيما بينهم التزامات متقابلة مثلاً . تاجر وصيرفى ، وصاحب مصنع فوكيل بالعمولة ، ومعلوم أن الائتمان هو قوام التجارة فيحصل التعامل بلا حاجة الى استعمال النقود تسهلاً للوفاء . وهذا هو أصل الحساب الجارى وعماده المقاصة — فكل المعاملات التجارية التى تنشأ بين التجار تدخل فى الحساب الجارى . وعند قفل الحساب لا يحصل الوفاء إلا عن الباقي (الرصيد) وأعمال الودائع والشيكات قوامها المقاصة ، فترد الى المصارف أوراق التحصيل والدفع وتفتح حساباً جارياً لكل عميل وتجرى المقاصة بين العملاء فيما لهم وما عليهم .

١٤١ — أنواعها . تنقسم المقاصة الى ثلاثة أنواع : (١) قانونية (٢) واختيارية (٣) وقضائية .

١٤٢ — المقاصة القانونية او الحتمية . Compensation légale وهى التى تقع حتماً بمقتضى القانون بين دينين متقابلين وحتى بدون علم المتعاملين^(١) اذا كان كل منهما دائماً ومدىناً للآخر . وتحصل بقدر الأقل من الدينين (م ١٩٢ و ١٩٣ و ٢٥٦ و ٢٥٧ مدنى) .

ويشترط لوقوعها توافر أربعة شروط وهى : —

(١) يترتب على هذه النظرية التى أخذ بها القانون أن المقاصة ليست وسيلة اختيارية بل وسيلة قهرية للوفاء ، ومن القانون الألمانى (م ٣٨٨) والقانون السويسرى لالتعهدات (م ١٢٤) ومشروع قانون التعهدات الفرنسى ، لا يطللى (م ٢١٥) بأن المقاصة لا تنفع إلا بناء على طلب أحد الخصوم ، ولا يمنع هذا من أن يعمد أثرها الى الوقت الذى نشأ فيه الدينان

(١) تقابل التعهدات (ب) أن يكون الدينان متماثلين في الجنس
(ح) أن يكونا خاليين من النزاع (د) أن يكونا حاليين .

(١) يجب أن يكون التعهدان قائمين بين المتعاملين — وهذا الشرط مستفاد من تعريف المقاصة فالوصى لا يمكنه أن يتمسك بالمقاصة قبل دأته المدين الى القاصر المشمول بوصايته وكذلك مدين الوصى لا يمكنه أن يتمسك بالمقاصة عن دين له في ذمة القاصر . ومدين الشركة التجارية لا يمكنه أن يتمسك بالمقاصة عن دين له في ذمة أحد الشركاء لأن الشركة لها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشريك . وإذا حول الدين برضاء المدين ثم انشغلت ذمة المحيل بدين للمدين (المحال عليه) بعد الحوالة فلا تقع المقاصة بينه وبين المحال عليه لأن الحوالة تخرج الدين من أموال الدائن وتقله إلى المحتال وهو ليس بمدين (م ٢٦١/١٩٧ م)

(ب) يجب أن يكون محل كل من التعهدين من النقود أو من أشياء من جنس واحد يقوم بعضها مقام بعض بالنسبة لنوعها وقيمتها كالمقطن التماثل من حيث النوع والثمن . فلا تصح المقاصة عن حنطة وصوف ولذلك نص القانون على أن يكون الشيطان من جنس واحد حتى لا يقهر الدائن على قبول الوفاء بغير الشيء المتفق عليه (م ٢٣١/١٦٨ م)

(ح) يجب أن يكون الدينان معينين وخاليين من النزاع فإذا كان الدين لا يمكن تحديده تماماً لا تجوز المقاصة ^(١) كبلغ باق في ذمة وصى لم يحدد بعد ، أو ديون قبل مفلس لأنه لا يمكن معرفة مقدار كل دين في روكية المفلس . كذلك يجب أن يكون الدينان خاليين من النزاع فإذا كان أحد الدينين ثابتاً والثاني متنازعا فيه فلا تجوز المقاصة إذ يجوز أن يبطل الحق المتنازع فيه ويصبح هذا الدائن غير مدين (م ٢٥٨/١٩٤ م)

(١) سم ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ تق ج ٢٣ ، ٦٧ .

(د) يجب أن يكون الحقان حاليين بأن يكون كل واحد منهما مستحق الأداء أى غير مؤجل أو معلق على شرط .

والأجل القضائى (بند ٩٠) يمنع من المقاصة لأن سببه اعسار المدين المؤقت فإذا زال هذا الاعسار بأن صار المدين دائناً لدائنه سقط الأجل . ووضع الحجز على ما فى ذمة المدين يمنعه من طلب المقاصة التى تحدث بعد الحجز أى إذا صار المحجوز لديه دائناً للمحجوز عليه . وهذا الأثر ينتج طبقاً للبداية العامة الخاصة بالوفاء والحجز ولكن القانون رأى أن ينص على ذلك (م ١٩٩/٢٦٣ م) .

والافلاس يسقط الآجال الممنوحة للمدين المفلس ، ويحول دون وقوع المقاصة حتى يتساوى دائنوه فلا يمتاز أحدهم على الآخر . لذلك يلتزم دائن المفلس أن يدفع ما عليه كمدى ثم يطالب بدينه بطريق التقديم فى التفليسة لكي يستولى على النصيب الذى يخص لكل واحد من الدائنين .

❖ محل الوفاء . وهناك شرط آخر ذكرته المادة ١٩٤/٢٥٨ م مقتضاه وجوب أن يكون محل وفاء الدينين واحداً فإذا اختلف فلا تصح المقاصة . والظاهر أن علة المنع ترجع الى ما قد يتكبده أحد الدائنين من المصاريف — سعر الصرف — إذا التزم بسبب حصول المقاصة أن يرسل نقوداً الى المكان الذى كان يجب أن يحصل فيه الوفاء . وقد يكون اختار هذا المكان بالذات ليكون تحت تصرفه فيه مبلغاً من النقود ليفى ما عليه لآخرين . فإذا صح هذا التعليل فلا يكون هناك مانع من اجراء المقاصة اذا تحمل المتعامل الثانى هذه المصاريف .

١٤٣ — الأهلية . لا يشترط لحصول المقاصة أن يكون المتعاملان متمتعين بأهلية التعاقد وذلك لأن المقاصة هى طريقة لتسوية الديون تحصل بحكم القانون وبدون علم المتعاملين (بلانيول ج ٢ بند ٥٧٩) .

١٤٤ — مستثنيات المقاصة القانونية . وسببها رغبة القانون في عدم

تعطيل دفع بعض الديون وقد يبتها المادة ١٩٥ / ٢٥٧ مذي وهي : —

(١) لا محل للمقاصة اذا كان أحد الدينين غير جائز الحجر عليه كالضرائب الأميرية والرسوم وعوائد الأملاك وكل ما يستحق دفعه للحكومة . فلا يجوز لمن وجبت عليه ان كان دائئاً للحكومة أن يحتج عليها بالمقاصة في شيء مما ذكر لأن القرض أن الحكومة موسرة ولأننا اذا أجزنا المقاصة فيما هو مطلوب للحكومة تطلت المصالح العامة . وكذلك الحال بالنسبة لدين النفقة في حالة ما اذا كان المأزم بالنفقة صار دائئاً لمن يجب له النفقة فلا يجوز للدين بالنفقة أن يحتج بالمقاصة لأنه اذا أجزت المقاصة لأفضى الحال الى نتيجة أراد القانون تلافيها . فما لا يجوز حجه لا يصلح لأن يكون محلاً لوفاء الدائتين أو ضامناً لسداد ديونهم . واذا كان لا يمكنه بطريقة مباشرة أن يحصل على هذه النتيجة فهو من باب أولى لا يمكنه أن يستوفي ماله بطريقة غير مباشرة أى بالمقاصة .

(٢) لا محل للمقاصة اذا كان أحد الدينين عبارة عن مبلغ مودع أو أشياء مودعة يمكن قيام بعضها مقام بعض وهي المعبر عنها بالوديعة التامة . ويرى بعض الشراح أن هذه القاعدة تسرى على الوديعة الناقصة كالودائع النقدية في البنوك (بودرى ج ٤ بند ١٨٥٦) لكن جمهور الشراح يرى أن هذه الوديعة ليس لها من الوديعة إلا الاسم فانها عبارة عن عقد قرض وأن البنك يمتلك النقود المودعة ولا يطالب بردها بالذات بل برد مبلغ معادل لها من النقود، ولذلك أجازوا حصول المقاصة (هيك ج ٨ بند ١٢٠ وقال الشركات الخ . بند ١٠٩٧ و ١٠٢ و ١١١٧) .

(٣) اذا أصبح المستعير دائئاً للمعير فلا يمكنه أن يتمسك بالمقاصة وهذا الحكم مستفاد من قواعد المقاصة لأن العارية تكون عادة أشياء معينة بالذات يلتزم المستعير بردها في الميعاد المعين للرد (م ٤٧٢ / ٥٧٤ و ٥٧٥ م) .

(٤) لا يجوز لمن اغتصب مالا مملوكا للغير أن يتمسك بالمقاصة .
وواجب الغاصب أن يرد ما اغتصبه ،

١٤٥ — في حكم المقاصة القانونية : تحصل المقاصة بمقتضى القانون
ويتساوى الحقان المتقابلان اذا كانا متساويين أو يتساطان بقدر الأقل
منهما (م ١٩٢ و ١٩٣ / ٢٥٦ و ٢٥٧ م) .

ومع أن المقاصة تحصل حتما بحكم القانون متى توافرت شروطها إلا أن
بعض الشراح يرى بأنه لا يجوز للحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها *ex officio*
متى كان المدعى عليه لم يتمسك بها (أوبري وروج ٤ بند ٣٢٨ وسم ١٢ يناير
سنة ١٩١٥ تق ج ٢٧ ، ١٠٩) لكن الرأي المعقول هو أنه اذا تبين للحكمة
توافر شروط المقاصة فيجوز لها أن تقضى بحصولها ولو لم يحصل التمسك
بهذا الدفع (بودرى ج ٣ بند ١٨٦١) .

ويترب على المقاصة انقضاء الدينين ان كانا متساويين أو انقضاء الأقل
منهما ونقص الآخر بمقداره . وتقضى معهما جميع التأمينات الضامنة للوفاء
كالرهن والكفالة . ويقف سريان القوائد . واذا كان في ذمة أحد المدينين
عدة ديون للدين الآخر تتبع القواعد المتعلقة بخضم المدفوعات (م ١٩٦ /
٢٦٠ م) . فاذا كان للدين دينان أحدها مكفول برهن ويعطى فائدة والآخر
أجرة منزل أو ثمن بضاعة ، ثم أصبح المدين دائناً لذاته تقع المقاصة بالنسبة
للدين الأول لأن المدين له مصلحة في انقضاء هذا الدين . ولكن اذا بقي
جزء من الدين الأول فلا ينقضى الرهن لأنه لا يتجزأ ولا يسقط حتى يدفع
المدين ما بقي من الدين . ولكن الكفيل يبرأ بمقدار ما برئت منه ذمة المدين
المكفول (م ٥٠٩ / ٦٢٢ م) .

١٤٦ — في ترك المقاصة . يجوز للدين الذى كان في مقدوره التمسك
بالمقاصة أن لا يفعل ذلك ويدفع ماعليه من الديون على أن يستولى فيما بعد

على دينه من مدينه وتقول المادة ١٩٨/٣٦٢م اذا اجتمع صفتا دين ومدين في شخص واحد ودفع ما عليه من الدين بغير التفات الى المقاصة المستحقة ثم طالب بماله من الدين وكان لمدينه كفلاء فيه أو شركاء متضامنون أو مدينون متأخرون عن المطالب المذكور في درجة الامتياز أو الرهن أو مالك لمنقول مرهوناً تأميناً على الدين المطالب به فلكل من هؤلاء التمسك عليه بالمقاصة التي لم يلتفت اليها إلا اذا كان له عند صحيح منعه وقت الوفاء عن العلم بوجود دينه الذي كانت تمكن به المقاصة ، كما لو كان يجهل وجود الدين . ومعنى ذلك أن ترك التمسك بالمقاصة في حالة القدرة لا يؤثر في من كان له مصلحة في حصولها كالدينين المتضامين والكفلاء الخ .

ويعتبر أيضاً تركاً للمقاصة اذا أحال الدائن آخر دين وقبل المدين الحوالة فلا يجوز لهذا الأخير بعد ذلك التمسك بالمقاصة على المحتال وإنما له أن يطالب المحيل بدينه^(١) (١٩٧/٣٦١ م) .

ويجوز أن يحصل الاتفاق سلفاً على عدم التمسك بالمقاصة وليس في مثل هذا الاتفاق ما يغير النظام العام (بودرى ج ٢ بند ١٨١ وأوبرى ج ٤ بند ٣٢٧) .

ويرى بعض الشراح عكس ذلك قياساً على المادة ١٠٨/٨٠ مدني التي لاتميز الاتفاق سلفاً على ترك التمسك بالتقادم . وهذا قياس مع الفارق لأن التنازل في هذه الحالة معناه بقاء تعهد المدين مؤبداً وهذا يخالف النظام العام (توليه ج ٧ بند ٣٩٣) .

١٤٧ - في المقاصة الاعتيادية : compensation conventionnelle -
وهي التي تقع باختيار صاحبي الدين وتحصل غالباً عند عدم توافر الشروط اللازمة للمقاصة القانونية كما لو كان أحد الدينين مؤجلاً أو غير معين أو

(١) اعلان الحوالة على حسب القانون المدني المختلط يحدث هذه النتيجة أي أنه يمنع من التمسك بالمقاصة (م ٢٦٣ مدني مختلط)

أو متنازعا عليه أو وديعة أو ديناً طيعيا والدين الآخر ليس كذلك . ولا تقع المقاصة في هذه الاحوال الا نتيجة اتفاق العاقلين .

١٤٨ - المقاصة القضائية . Compensation judiciaire . وتحصل

المقاصة القضائية بواسطة دعوى فرعية (٢٩٤/٣٣٥ مراضات) يقيمها المدعى عليه على المدعى أثناء نظر الدعوى الأصلية ويشترط أن لا يكون هناك ضرر على الطرف الثانى من الدعوى الفرعية كما لو كانت تحتاج الى تحقيق (١) أو تعيين خبير ، مثلاً رفعت دعوى بالمطالبة بمبلغ فيجوز للبدعى عليه أن يرفع دعوى فرعية يطالب بها المدعى بمؤخر أتعاب أو تعويض ضرر - مثال آخر مؤجر رفع دعوى يطلب إيجار فيرفع المستأجر دعوى فرعية على المؤجر يطالبه بتعويض لأن البواب المعين من قبل المالك اعتدى عليه بالسب أو القذف . فإذا حكم للمستأجر بتعويض يستنزله القاضى من أصل المطلوب من المستأجر ويحكم عليه بالباقي

الفصل السادس - فى اتحاد الذمة

١٤٩ - تعريف . اتحاد الذمة confusion هو عبارة عن اجتماع صفتى دائن ومدين فى شخص واحد بدین واحد ويترتب على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة أحدهما للآخرى لأن الانسان لا يمكن أن يكون مديناً لنفسه (م ٢٠٢/٢٢٦ م) .

١٥٠ - أموال اتحاد الزمة . بما أن قواعد الشريعة الغراء تقضى بأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين فالورثة أجاناب عن أموال المورث حتى توفى ديونه لا فرق فى ذلك بين دين الوارث ودين الأجنبي . (مادة ٥٨٣ من الأحكام الشرعية) .

(١) سم ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ق ج ٣٥ ، ١١

وعند تعدد الورثة ووجود دائتين آخريين للبورث من ضمنهم أحد الورثة فيشترك الوارث مع الدائتين في توزيع ثمن التركة ان لم يكن كافياً لايفاء حقوق كل الدائتين . واذا لم يوجد إلا دائن وارث فقط فيتقاضى دينه أولاً وما بقي من التركة يقسم بينه وبين بقية الورثة كل بقدر نصيبه الشرعى .

فاذا كان للوارث حق رهن أو امتياز يعطيه الأولوية على بقية الدائتين يستوفى حقه أولاً وما بقي يتقاسمه الورثة .

أما اذا كان الوارث مديناً وكانت التركة مستغرقة بالديون وجب على الوارث دفع ما عليه للبورث الى دائته .

فاذا لم تكن التركة مستغرقة بالديون وترك المورث ورثة آخرين خلاف مدينه الوارث فينقص من نصيبه الشرعى بقدر ما عليه من الدين فاذا كان الدين يربو على نصيبه في الارث وجب عليه دفع الزائد إلى بقية الورثة . وفي كل الحالات السالفة الذكر لا أثر لاتحاد الذمة بين الوارث والمورث فلم يبق إلا صورة واحدة لاتحاد الذمة وهي أن يكون الوارث دائناً والمورث مديناً ولم يترك تركه ففى هذه الحالة لا فائدة من بقاء الدين فى ذمة المورث . واذا ترك المورث تركه وكان الوارث مديناً فلا فائدة أيضاً من بقاء الدين وكذلك الحال لو كان الوارث مديناً بشرط أن يكون الوارث الوحيد .

١٥١ — آثار اتحاد الذمة : يترتب على اتحاد الذمة انقضاء التعهد وما

يتبعه من التأمينات فهو يرى الكفلاء فى الدين ولكنه لا يخلى المدينين المتضامنين الا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من الدين (٢٠٣م/٢٢٦٧) ولكن اتحاد الذمة فى شخص الكفيل لا يسقط الدين المكفول اذ الكفالة جاءت ضامنة لسداد الدين فيبقى الدين قائماً ولكن بدون كفالة .

الفصل السابع — الأجل السالب.

الأجل السالب *terme extinctif* هو الذى يحدد بقاء التعهد فعند حلوله ينقضى التعهد وهو خاص بالتعهدات التى لا يتعدى أثرها أجلاً معيناً كالإيراد المقرر لمدة معينة أو طول الحياة أو عقد العمل لمدة معينة .
والأجل السالب يختلف عن التقدّم فى أنه لا يدل على تهاون أو إهمال صاحب الحق ولكنه الحد الذى يعتبر لديه التعهد قد تنفذ .

الفصل الثامن — فى الإبراء من التعهد .

١٥٢ — تعريف : الإبراء من التعهد *remise de la dette* هو إسقاط الدائن بلا مقابل جميع حقوقه قبل المدين . والإبراء بطبيعته عمل اختياري يقتضى علم الدائن ورغبته فى حصوله ولكنه قد يقع رغم إرادة الدائن كما هو الحال فى الصلح بين المفلس والدائنين *concordat* والإبراء من العقود الثنائية التى لا تنعقد إلا بتقابل إرادة المدين وإرادة الدائن فهو يقتضى اتفاقاً بينهما ويترتب على ذلك أن الدائن يجوز له أن يرجع فى إيجابه طالما أن المدين لم يقبل الإبراء .
والإبراء يعتبر هبة لذلك يخضع لكل القواعد الموضوعية المتعلقة بالهبة . ولكنه لا يخضع لقواعدها الشكلية لأنه يعتبر هبة موصوفة بعقد آخر . لذلك لا يشترط تحرير عقد رسمى وكفى لحصول الإبراء تحرير ورقة عرفية (٢٧٠/٤٨٢م)

وعقد الإبراء باعتباره هبة يخضع لقانون الأحوال الشخصية عند المسلمين والمسيحيين على السواء . ويجب فى المبرى أن يكون ذا أهلية للتصرف .
١٥٣ — أنواع الإبراء . قد يكون الإبراء صريحاً أو ضمناً — والإبراء

الصريح قد يكون شفوياً ولكن المدين يتعرض لمشاق الاثبات — والابراء الضمني يستنتج من كل ما يدل على وجود نية الابرأ لدى الدائن كتسليم سند الدين إلى المدين . والوقائع التي يستنتج منها الابرأ تخضع للقواعد العامة الخاصة بالاثبات .

١٥٤ — اثبات الابرأ : يخضع الابرأ للقواعد العامة الخاصة بالاثبات فإذا كان الدين أقل من عشرة جنيهات جاز اثباته بالبينة وإذا زاد على ذلك لا يمكن الاثبات بالبينة بل لا بد من وجود مستند كتابي — ولكن القانون لاحظ أن العادة جرت بأن الدائن الذي يريد ابراء ذمة مدينة يسلمه الصك المثبت للدين وبذلك يتجرد الدائن من الدليل المثبت لحقه (م ٢٨٤ ، ٢٨٥ م) فوجود السند تحت يد المدين يعتبر قرينة قانونية على البرأة من الدين .

ومع ذلك فقد أجاز القانون للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخالسه من الدين كما لو أثبت أن السند ضاع منه في الطريق أو سرق أو إذا كان سلم السند الى المدين خطأ مع أوراق أخرى .

وتسليم الدائن المرتهن الشيء المرهون الى المدين يبطل الرهن ولكنه لا يدل على برأة الذمة (م ٥٤١ / ٦٦٣ م) ولا يؤثر في الدين .

١٥٥ — فيما يترتب على الابرأ . ابراء ذمة المدين من الدين يسقط عنه الدين ويترتب على هذا الابرأ ابراء كفيله بقدر ما برىء منه في حالتهما اذا كان الابرأ جزئياً . فإذا كان الابرأ تآمراً برىء الكفيل (م ٢٤٤ / ١٨١ م) . وإذا أبرىء مدينون متضامنون من التعهد كله فيبرأ جميع المدينين المتضامين ولكن ابراء ذمة أحد المدينين المتضامين يعتبر قاصراً على حصته وينقص الدين بقدرها فقط (م ٢٤٥ / ١٨٢ م) ويجوز لشركائه أن يرجعوا عليه بحصة من يعسر منهم (م ٢٤٦ / ١٨٣ م) .

وابراء الكفيل لا يرى المدين لأن التعهد يقوم بلا كفالة . ولأن الكفالة حق للدائن لا للمدين فله أن يتنازل عنها (م ٢٤٧ / ١٨٤ م) .
واذا تعدد الكفلاء في دين وأبرأ الدائن ذمة أحدهم جاز للباقي أن يطلبوا بقاءه كفيلا إذا كان ضمانه سابقا أو مقترنا بضمانهم بسبب اعتمادهم في الضمان على أسبقيته أو إذا كان ضمانه مقترنا بضمانهم لاعتمادهم على اشتراكه معهم .

١٥٦ — الإبراء الناشئ عن الصلح مع المفسد : وهو يحدث بين

الدائن والمدين المفسد ويختلف عن الإبراء المدني فيما يأتي : —

(١) الإبراء الناشئ عن صلح لا يعتبر من عقود التبرعات فالدائنون الذين يتصلحون مع المفسد ليسوا مدفوعين الى ذلك بعاطفة الشفقة ولكن بدافع المصلحة تفادياً للخسائر الجسيمة التي تنشأ عن اجراءات الافلاس وخوفاً من بيع أموال المفسد بالبخص اذا صار الدائنون في حالة اتحاد union أى اذا رفضوا التصالح مع المدين لذلك لا تعتبر علاقتهم بالمدين علاقة واهب وموهوب له .

(٢) لا يعتبر الإبراء في حالة الافلاس عملاً اختيارياً ولكنه نتيجة رأى أغلبية الدائنين الحائزين لثلاثة أرباع الديون فالدائنون الذين يكونون الاقلية يرغبون على قبول الصلح المتضمن إبراء المدين من جزء مما عليه من الديون .

(٣) الصلح لا يبرأ المفسد من الدين فيظل ملتزماً التزاماً طبيعياً بوفاء ما أسقط عنه من الديون عند الميسرة وإذا أوفى يكون وفاؤه صحيحاً ولا يمكنه أن يسترد شرفه إلا اذا دفع كل ما عليه من الديون من أصل وفوائد (م ٤٠٨ / ٤١٦ تجارى) . أما الإبراء المدني فهو يسقط الدين بصفة قطعية .

الفصل التاسع — استحالة الوفاء^(١)

١٥٧ — تعريف: يزول التعهد إذا صار الوفاء غير ممكن (م ١٧٧/ ٢٤٠ م) وتبرأ ذمة المدين عملاً بقاعدة «التعهد المستحيل لا يلزم» والاستحالة إذا وجدت ابتداءً تمنع نشوء التعهد فإذا حدث بعد نشوئه انتهى التعهد (راجع بند ٤٤).

١٥٨ — في أموال المستحقة. الاستحالة التي تمنع تنفيذ التعهد تختلف باختلاف موضوع التعهد.

١ — موضوع التعهد من الأشياء المعينة. إذا كان التعهد خاصاً بتسليم أشياء معينة فالاستحالة تنشأ من هلاكها أو اختفائها أو تحريم الاتجار بها وهذه الحالات توجب انقضاء التعهد (م ١٧٧/ ٢٤٠ م).

٢ — موضوع التعهد من المثليات. إذا كان التعهد من المثليات *in genre* وهي ما يقوم بعضها مقام بعض فلا ينقض التعهد لأن المدين يستطيع الحصول على غيرها لذلك قالوا أن المثليات لا تهلك *genera non pereunt*.

٣ — موضوع التعهد فعل أمر. إذا كان موضوع التعهد فعل أمر فاستحالة التنفيذ تكون لها صور تختلف باختلاف طبيعة الفعل لذلك يصعب أن نأق بتعريف جامع لهذه الحالة والعبرة هنا بظروف كل حالة والحاكم هي التي تقدر استحالة التنفيذ من عدمها، مثلاً: أضرار العمال

١٥٩ — في ضمانه ~~موضوع~~ موضوع التعهد. لأجل معرفة من الذي يتحمل هلاك موضوع التعهد، يجب التفرقة بين العقود الملزمة لجانب واحد (العقود المفردة) *unilateral* والعقود الملزمة لجانبين *synallagmatique* (العقود الثنائية)

العقود المفردة. لا ينشأ من هذه العقود إلا تعهد واحد، ويؤول هذا التعهد بهلاك الشيء والذي يتحمل الهلاك هو المالك فهلاك الوديعة بحادث عارضى يترتب عليه انقضاء تعهد الوديع برد الوديعة وزوال التعاقد.

١٦٠ - **في العقود الثنائية.** وهي التي يترتب عليها نشوء تعهدات متقابلة كالبيع. ولم يأخذ القانون المصرى بالنسبة لهذه العقود بقاعدة «الهلاك على المالك *res perit domino*» فقضى في مواد كثيرة ^(١) بأن الملكية تقتل بمجرد انعقاد العقد. لكن المالك كالمشتري مثلاً لا يتحمل خطر الهلاك إلا بعد التسليم وفي هذا تقول المادة ٣٧١/١٩٧ م «إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن إن كان دفع إلا إذا كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد، أى أن الضمان على البائع حتى يحصل التسليم. وقد أخذ القانون بهذه القاعدة في حالة الهلاك الجزئى فقضى في المادة ٣٧٢/٢٩٨ بأنه «إذا نقصت قيمة المبيع بعبب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد لامتنع المشتري عن الشراء، كان المشتري غيراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه». ولم يكتف القانون بتقرير هذه القاعدة في باب البيع بل أنه أوردتها بصفة عامة في المادة ٢٤٢/١٧٩ فقال «إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به».

والظاهر أن المشرع المصرى تجاهل القاعدة المقررة في المواد السالفة الذكر، فأتى بما يخالفها حيث نص في المادة ٣٠٧/٢٤١ على أنه «إذا كان البيع بالوزن أو بالكيل أو المقلس فلا يعتبر البيع تاماً بمعنى أن المبيع يبقى

(١) ٦٧/٤٥ و ١٤٥/٩١ و ١٥٧/١١٨ و ٣٣٦/٢٦٦ و ٣٢٧/٢٦٧. ومعلوم أن بيع الأشياء الثابتة وهي للعين نوعها لا يقل الملكية إلا بالتسليم.

في ضمان البائع إلى أن يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس ، وقضى في المادة ٩٤/٩٩ تجارى بأن البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من يملكها . ونص في المادة ٤٢٤/٥١٦ مدنى على انه « اذا كانت حصة الشريك في رأس ائمال حق ملكية في عين معينة أو حق انتفاع فيها انتقل الحق في ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء وكان عليه تنفذه ».

١٦٥ - استخانة التنفيذ بعد تكليف المدين رسمياً بالوفاء . اذا حدثت الاستحالة بعد تكليف المدين بالوفاء فيلزم بالتعويض ولو لم يقع منه أى خطأ يستوجب مسؤوليته (م ١٧٨/٢٤١ م) والسارق يعتبر مكلفاً بالوفاء بحكم القانون .

الفصل العاشر - في مضي المدة أو التقادم

١٦١ - تعريف . مضي المدة هو طريق لا اكتساب الحقوق أو لانقضاء التعهدات بمرور الزمن بشرط أن تتوافر شروط وضعها القانون وأن يتمسك المدين به . وسببه ترك الدائن حقه مدة من الزمن بغير مطالبة فيحمله القانون عواقب اهماله .

١٦٢ - في نوعى التقادم . قد يكون التقادم سالباً أى مبرئاً ومسقطاً للتعهدات prescription extinctive أو موجبا أى مكسباً للحقوق العينية prescription acquisitive ويعمل التقادم المكسب على تقوية حق الملكية أو تقرير حق عيني . ولا يعني في هذا الكتاب إلا دراسة التقادم المسقط للحقوق . واليه أشارت المادة ٢٠٤/٣٦٨ م حيث تقول مضي المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه اذا تمسك بذلك . »

١٦٣ - في اساس وماهية التقادم المسقط للحقوق . يدل التقادم المسقط ،

في ظاهره، على زوال حق عيني أو شخصي بمجرد انقضاء فترة معينة من الزمن وهو من أجل ذلك يخلو من فكرة الحيازة، لأنه يفضى الى نتيجة سلبية لا ايجابية وهي زوال حق، بدلا من انشاء حق. ويفصم العروة الالزامية فيرى ذمة المدين بحرمان الدائن عماله من الحقوق.

وإذا دل التقادم، في ظاهره، على هذا المعنى، إلا أنه في الباطن لا يزيل أو يسقط حقاً. وهو ليس خليفاً بأن يسمى «مسقطاً» كما أن التقادم المكسب ليس حقيقاً بهذه التسمية. نعم قد يعتصم مدين هزيل الضمير بقدم الدين ليتخلص من الوفاء. لكن هذا في النادر. ولم يوضع نظام التقادم لحماية المدينين الذين من هذا الطراز. وإذا وجهت الى نظام التقادم سهام النقد فلن تتكشف مقاتله إلا من هذه الناحية. وفي معظم الأحوال لا يحتاج بالتقادم من المدينين إلا من كان سويماً في واجبه، عدلاً في تصرفاته. موفياً لحقوق دائنيه. فإذا ما قضى القانون بأن تعهده الذي انقضى بالوفاء، ينقض أيضاً بالتقادم فليس ذلك إلا لتمكينه، على أسهل وجه، من اثبات براءة ذمته. وإذا كان التقادم وسيلة لانقضاء التعهد، فهو وسيلة لاغاثة المدين المتلهف على ثبوت براءة ذمته، وهذه الوسيلة تخلق فوق طرق الوفاء الأخرى كالوفاء والابراء الخ،

ولنا أن نتصور ما يبنى على عدم تقرير نظام التقادم وما يترتب على ذلك من التزام المدين، أو وورثته من بعده، بالاحتفاظ بمسندات التخالص الى أجل غير محدود. لا شك في أن هذا الالتزام يكون ثقیل الوطأة، لذلك يأتي التقادم المسقط فيحطم هذا الغل الأبدي، ويحطم هذه الحلقة التي لانهاية لها. فكما أن التقادم المكسب يعفى المالك من الاحتفاظ الى مالانهاية بمسندات من تلقى عنهم الملكية، كذلك يعفى التقادم المسقط، المدين وورثته، من واجب الاحتفاظ بالمخالصات بعد انقضاء مدة معينة. وبفضل هذا النظام ثبتت براءة الذمة بفعل الزمن. لذلك يعتبر التقادم قرينة قانونية على الوفاء

أو يعتبر على الأقل قرينة على براءة الذمة يترتب عليها إعفاء المدين من الاثبات. وتحمّ الضرورات الاجتماعية وجود هذه القرينة حتى لا يتعرّ الناس في بحوث عميرة فُقدت عناصرها، أو مستنداتهما، أو محامها النسيان من الذاكرة، أو تعذر إقامة البيئة عليها، لوفاة الشهود. من أجل كل هذا وضع نظام التقادم حتى تستقر الطمأنينة القانونية ويوضع حد للمطالبات القديمة. والخلاصة أن التقادم المسقط يفيد (١) إعفاء المدين من اثبات براءة ذمته (٢) ويفيد استقرار الطمأنينة القانونية.

١٦٤ — في حساب زمن مضي المرة. يحتسب مضي المدة بالأيام لا بالساعات ويوم الابتداء dies a quo وهو اليوم الذي يقع فيه الفعل الذي يبدأ منه حساب مضي المدة لا يدخل في حساب زمن مضي المدة بل يبدأ بالحساب من اليوم التالي له وأما يوم الانتهاء فهو منه. فإذا بدأ وضع اليد أو حق المطالبة في ٢٩ يولييه سنة ١٩١٥ فلا يبدأ سريان المدة إلا منذ الدقيقة الأولى من يوم ٣٠ يولييه، فإذا كانت مدة التقادم ١٥ سنة فلا تتم إلا في الدقيقة الأولى من يوم ٣٠ يولييه سنة ١٩٣٠، والسنون المعتبرة هي السنون العربية لا السنون الميلادية ^(١) (م ٢٥٧/٢١١ م)

١٦٥ — في زمن مضي المرة المسقط. تسقط الالتزامات والحقوق بمضي مدد مختلفة بعضها طويل والآخر قصير وستتكمّل عن كل حالة فيما يلي:

١٦٦ — مضي المرة الطويلة. (خمس عشرة سنة). مضي المدة المسقط للتعهدات والديون خمس عشرة سنة. وهذه المدة تسرى على الدعاوى الشخصية والعينية. وقد تطول هذه المدة بسبب انقطاعها أو وقوف سريانها (م ٢٧٢/٢٠٨ م ٢٦٩/٢٠٥ م)

(١) Ch. Testoud, Observations sur la mode de Calcul des années. Egypte Contemporaine 1916 P. 315.

وفرن م ٢٧١/٢٧٦ تحقيق الجنايات وهالتون ج ١ ص ٢٠٣

وهناك بعض دعاوى لا تسقط بمضى المدة كدعوى القسمة وفصل الحد والمرور . وسبب بقاء الحق بلا تقادم الى ما لا نهاية يرجع الى تجدد سببه . فسبب دعوى القسمة هو حالة الشروع التي قد تطول وطالما أن هذا السبب قائم فسبب الدعوى يتجدد كل يوم .

١٦٧ - معنى المرة العشرى . (عشر سنين)

(أ) مسئولية المهندس المعماري والمقاول عن خلل البناء (م ٤٠٩ / ٥٠٠)
(ب) دعوى التضمنات الناشئة عن جناية لا تجوز اقامتها بعد انقضاء المدة المقررة لسقوط الحق في اقامة الدعوى العمومية (٢٧٩ ، ٢٨٢ تحقيق جنابات)

١٦٨ - معنى المرة الخمسى ^(١) (خمس سنين) (م ٢١١ / ٢٧٥)
وسبب التقادم في الحالات الآتية هو الشفقة على المدين وهي خاصة بكل ما يستحق دفعه سنوياً أو بمواعيد أقل من سنة فإذا لم يطالب الدائن بماله يكثر الدين ويصبح حملاً ثقيلاً قد يؤدي الى خراب المدين . وفي تقصير مدة التقادم حث للدائن على المطالبة وهذه الحالات هي :
(أ) مؤخرات المرتبات المقررة لمدة أو مدى الحياة والنفقات والمعاشات

(١) ذهب القضاء الفرنسي الى أنه يشترط لسريان التقادم الخمسى توافر ثلاثة شروط وهي (١) أن يكون الدين دورياً ، *periodique* (٢) أن لا يكون العائون قضى بتمه نفاذ أقل كالجور الخدمة (٣) أن يكون ميعاد استحقاق الدين ثابتاً غير متغير وأن يكون مقداره معيناً . لذلك لا يسرى التقادم الخمسى على الديون التي ليس لها ميعاد استحقاق ثابت أو التي يتغير مقدارها كالفائدة التي يستحقها الوكيل أو الفضول عن الباقي التي قدماها مادام مقدارها لم يحدد بتسوية حامية *règlement de compte* (١٢ مارس سنة ١٨٧٨ ، د ١٤١٨٧٨ ، ٢٧٣) وكذلك الحال بالنسبة للقوائد المستحقة للوكيل قبل الوكيل التي استعمل لمصاحبه الخاصة الأموال التي تلقاها بسبب الوكالة . وظهر أن اشتراط ثبوت الدين من حيث الأجل والقدر هو إضافة شروط لم تضر اليها المادة ٢٧٥ ، ٢١١ م وهو ما يترتب عليه أن أرباح الشركات ، وهي متغيرة من عام الى آخر لا يسرى عليها هذا التقادم . لذلك ينقذ الفراح هذا القضاء (جوسران ج ٢ بند ٩٧٨) .

٢) فائدة الديون سواء أكانت فائدة تأخير بناء على المطالبة الرسمية أو فائدة اتفاقية . ولا يشترط أن تكون فائدة عن قرض بل يجوز أن تكون فائدة عن باق ثمن أو فرق بدل أو تعويض (سم ديسمبر ١٩٢٥ تق ج ١٤١٠٣٨) وإذا دفع الفضول أو الوكيل عن المدين فوائد فتكون مدة التقادم ١٥ سنة لأن المبلغ المدفوع بالنسبة للوفى ليس فوائد بل رأس مال .
٣) أجور الأراضى والمنازل وملحقاتها كالأموال الأميرية بالنسبة للمالك لا للحكومة . والذى يسقط من الإيجار هو الذى مضى عليه خمس سنين من تاريخ الاستحقاق .

٤) كل ما يدفع بصفة دورية كاشتراكات الصحف والمجلات والنوادر وغيرها .

٥) الديون التجارية المتعلقة بالكيميالات والسندات الأذنية التجارية والشيكات التجارية (م ١٩٤ / ٢٠١ تجارى)

٦) كل ما نشأ عن أعمال الشركة من الدعاوى على الشركاء غير المأمورين بتصفية الشركة أو على القائمين مقامهم . ويبدأ مضى المدة من تاريخ انتهاء مدة الشركة أو من تاريخ إعلان الاتفاق المتضمن فسخ الشركة (م ٧١ / ٦٥ تجارى) .

٧) الدعاوى الخاصة بالتأمين البحرى والقرض البحرى يسقط الحق فيها بعد مضى خمس سنين من تاريخ العقد (م ٢٦٩ بحر) .

٨) الأرباح التى توزع على المساهمين فى الشركات التجارية وقد اعتبرتها المحاكم كالإيرادات السنوية .

١٦٩ — رد الثمار والتقادم الخمسى . إذا التزم الحائز بسوئية بأن يرد العين والثمار أو الربيع الذى استولى عليه أثناء حيازته فلا يستطيع أن يتمسك بالتقادم الخمسى . فإذا كانت حيازته استمرت مدة خمس عشرة سنة وجب عليه أن يرد الثمار عن هذه المدة

وقد أخذ القضاء بهذه القاعدة وقضى بأن حكم المادة: ٢١١/٢٧٥ م لا يسرى على طلب استرداد الريع المقتصب بغير حق وبناء على ذلك يسقط حق المطالبة به بعد مضي خمس عشرة سنة لا بمضي خمس سنين ^(١) وذلك لأن التزام المقتصب برد الثمار مرتبط بالتزامه برد العين . والمقتصب يعلم أنه لا حق له في الاستيلاء على الثمار وكان يتعين عليه أن لا يستولى على شيء لذلك يلزم برد كل قرش استولى عليه . وعملا بهذه القاعدة قضت المحاكم المختلطة بأن التقادم الخمسي مقرر لمصلحة المستأجر فلا يستفيد منه من يستولى على الايجار بدون وجه حق (سم ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ تق ج ١٧، ٢٩٨)

١٧٠ - **مضى المرة الأولى :** (ثلاث سنين) دعوى التضمينات الناشئة عن جنحة (٢٧٩ و ٢٨٢ تحقيق جنایات) وتعمد الكفيل المذكور في مادتي ١٥٠ و ١٥١ تجارى (مادة ١٥٤ تجارى) وهو الذى يقدمه مالك الكبيالة الضائعة الذى يريد استيفاء قيمتها

١٧١ - **مضى المرة الثانية :** (سنتين) دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش بعد بلوغ أو وفاة البائع بستين (م ٣٣٦ و ٣٣٧ / ٤١٩ و ٤٢ م)

١٧٢ - **سقوط الحق بمضى سنة :** حق المشتري في فسخ البيع أو في تنقيص الثمن وحق البائع في طلب تكميل الثمن (م ٢٩٦ / ٣٧٠ م) . وكل دعوى على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل فيما يختص بالارسلات التى تحصل للبلاد الأجنبية (م ١٠٤ / ١٠٩ تجارى) .

١٧٣ - **في السقوط بمضى ثمانمائة وسبعين يوما :** (٢٠٩ و ٢١٠ / ٢٧٣ و ٢٧٤) .

(١) البالغ المستحقة للأطباء والمحامين والمهندسين ^(١) مقابل عملهم

(١) محكمة الاستئناف الاهلية ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ ج ١٣ عدد ١٢ . وم ٢٧ يناير سنة ١٨٩٢ تق ج ٤ ، ٨٠ واورى ورو ج ٢ بند ٢١٩ . وعكس ذلك استئناف أهلى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ ج ١٢ عدد ٥٠

(٢) لم يعر القانون المختلط (م ٢٧٣) الى المحامين والمهندسين

ولمؤدى الأطفال والمعلمين على تلاميذهم (الفقهاء والعرفاء).

(٢) البالغ المستحق للتجار قبل غير تاجر *particuliers non marchands* ثمن مبيعاتهم أو قبل تاجر فى غير ما يتعلق بتجارته . والمقصود بالتاجر من يشتري بضاعة لأجل أن يبيعها بذاتها أو يغيرها بالصناعة مثل القصاب والبدال والخباز والحائك .

والسلع المبيعة تخضع للتقادم الذى مدته خمس عشرة سنة فى ثلاث حالات :

١ — اذا حصل البيع من غير تاجر
ب — اذا حصل البيع من تاجر وكان المبيع خارجاً عن تجارته كما لو باع تاجر قمحاً ناتجاً من أرضه الخاصة أو نبيذاً من كرومه

ج — اذا اشترى التاجر بضاعة لتجارته كما لو اشترى غلالاً لبيعها
والخلاصة أن السقوط لا يحصل إلا إذا كان العمل تجارياً بالنسبة للتاجر ومدنياً بالنسبة للبشرى .

(٣) البالغ المستحق لخدمة المنازل .

(٤) الدعاوى المتعلقة بتوريد أخشاب وشراعات وأهلاب لإنشاء السفينة وتجهيزها الخ (م ٢٧٠ بحرى)

١٧٤ — فى السقوط بمضى ١٨٠ يوماً . كل دعوى على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل بسبب ضياع البضائع أو تلفها فيما يختص بالاراساليات الداخلية (م ١٠٤ / ١٠٩ تجارى)

١٧٥ — فى السقوط بمضى ستة أشهر . دعوى التضمينات الناشئة عن مخالفة (المواد ٢٧٩ و ٢٨٢ تحقيق جنایات)

١٧٦ — متى يمتريء مضى المرة . يبدأ سريان المدة المسقطه من اليوم الذى ينشأ فيه الحق ويستطيع فيه الدائن المطالبة بحقه وذلك لأن أساس سقوط الحق بمضى المدة اهمال الدائن مع قدرته على المطالبة . فاذا استحالت

المطالبة على الدائن بحكم القانون أو بالاتفاق أو بقوة قاهرة فلا يبدأ سريان المدة إلا إذا زال هذا العائق (١).

١ — التعهدات المتعلقة على شرط. إذا كان التعهد معلقاً على شرط توقيفي فلا يسرى مضي المدة إلا من يوم تحقق الشرط (سم ٣ مارس سنة ١٩٢٧، تق ج ٣٩، ٣٠٢) (أعطيك مائة جنيه إذا نجحت في الامتحان فمضى المدة لا يسرى إلا من اليوم الذي يتحقق فيه الشرط وهو النجاح) أما الشرط الفاسخ فهو لا يوقف سريان المدة لأن الدائن يستطيع مطالبة المدين من يوم التعاقد فيسقط الحق إذا انقضت مدة التقادم قبل تحقق الشرط. وتطبيقاً لهذه القاعدة لا تسقط دعوى ضمان (م ٣٧٤/٣٠٠) البائع قبل المشتري إلا من تاريخ الحكم النهائي الصادر بالاستحقاق (سم ٢٤ مايو سنة ١٩١٠، تق ج ٢٢، ٢٢٣).

٢ — التعهدات الآجلة. لا يبدأ سريان المدة إلا من يوم حلول الأجل لأن الدائن لا يستطيع المطالبة قبل ذلك ويلاحظ أن الأجل قد يكون ضمناً وهو الذي يستفاد من ظروف الحال ولا يبدأ سريان التقادم بالنسبة للقوائد إلا من يوم استحقاقها وفيما يختص بضمن المبيعات من يوم حصولها إلا إذا كان المشتري معتاداً أن يدفع في نهاية كل شهر أو في مواعيد معينة وفي هذه الحال يفترض وجود أجل ضمنى وإذا كان الوفاء مجزئاً على أقساط سنوية فيعتبر كل قسط وحدة مستقلة ويكون لكل قسط مبدأ تقادم مستقل (سم ١٩ أبريل سنة ١٩٢٥، تق ج ٣٧، ٣٣٤) وإذا لم يضرب أجل معين للوفاء فيبدأ سريان المدة من يوم إنشاء التعهد نفسه كالقرض الذي لم يعين تاريخ أدائه (٣).

(١) يقول المثل اللاتيني - *Contrà non valentem agere non courit pres* - وقابله بالفرنسية *criblip* est dans l'impossibilité d'agir

(٢) استئناف أعلى • أبريل سنة ١٩١٧ • أبريل سنة ١٩١٧ عدد ٩١، ١ السنة الثامنة عشرة وفرن م ١٦٠، ١٦٧ تجارى

٣- أجور الأطباء : يزور الطبيب المريض عدة مرات وتحدد أجرته عن كل زيارة . وسقوط الحق بمضى المدة لا يسرى إلا من اليوم الذى ينقطع فيه الطبيب عن زيارة المريض بسبب شفاؤه أو وفاته أو سفر الطبيب أو استبداله بغيره . لأن هناك شبه استحالة أدية تمنع الطبيب من المطالبة بأجرته عن كل زيارة . ولكن لو استعصى المرض وطال فيقول البعض بسريان المدة من تاريخ كل زيارة (شامبىرى ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٣ ، د ١٨٧٣ ، ١٥٣ ، ٢) .

٤ - التعهد بالامتناع عن عمل : يبدأ سريان المدة من اليوم الذى يقوم فيه المدين بعمل مخالف لتعهدہ بالامتناع عن العمل (تعهد بعدم فتح محل تجارى) .

والخلاصة أن الحق لا يتقادم إلا اذا أمكن المطالبة به . وقد سار القضاء على أن الاستحالة الناشئة عن القانون أو القوة القاهرة أو الاتفاق تمنع سريان المدة طالما أن هذه الاستحالة باقية فاذا زالت يبتدأ سريان المدة .

١٧٧ - فى انقطاع مضى المرة . الانقطاع هو حدوث فعل لمصلحة صاحب الحق المهدد بالزوال بمضى المدة قبل تمامها فيضيع به مافات منها وهو يحدث بسببين : (١) التقاضى (٢) اعتراف المدين الاختيارى بالدين .

(١) انقطاع المدة المبني على التقاضى : ويكون باعلان صحيفة الدعوى أو التنبيه الرسمى أو الحجز .

١ - الاعلان . وهو التكليف بالحضور أمام المحكمة ويحرره الدائن الى المدين ويعلن على يد محضر (م ٨٢ / ١١١ م) واعلان الدعوى أمام محكمة غير مختصة لا يبطل أثر الاعلان رفقا بالتقاضين (سم ١٥ بونه سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣ ، ٣٩٣) لأن قواعد الاختصاص يعسر أحيانا معرفة الصحيح منها وكثيرا ما تخطئ المحاكم ذاتها فى تطبيق هذه القواعد .

ب - صحة الدعوى : التقاضى القاطع للمدة لا ينتج دائما أثرا حاسما

بل يشترط أن تستمر الدعوى وتكون مقبولة من المحكمة . وكل الأسباب التي تؤثر في الدعوى تؤثر في انقطاع المدة وهذه الأسباب هي : —

ح — الحكم بطلان صحة الدعوى . يجب أن يكون الاعلان صحيحاً فإذا لم تراعى الاجراءات المقررة في المواد ٣ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٣ مرافعات يعتبر لاغياً (مادة ٢٢ مرافعات) ولا يقطع المدة (بهذا المعنى دى هلتس وعكس ذلك سم ١٢ يناير سنة ١٩١١ تق ج ١٣ ، ١٠٥) .

د — ترك المرافعة . اذا ترك المدعى الدعوى ، ولا يعتبر الترك تنازلاً منه عن حقه في أصل الدعوى ولكن الاجراءات التي يكون المدعى قد قام بها تعتبر لاغية ولا تمنع من سريان المدة (٣٠٥ مرافعات) .

ه — بطلان المرافعة . اذا أوقفت الدعوى واستمر الانقطاع مدة ثلاث سنوات فللمدعى عليه أن يرفع دعوى بطلان المرافعة وتبطل كل الاجراءات السابقة (مادة ٣٠١ مرافعات)

و — التنازل عن الدعوى . اذا تنازل المدعى عن دعواه بعد اقامتها تسقط جميع الاجراءات السابقة بما فيها اعلان الدعوى .

ز — رفض الدعوى . أى اذا حكم برفض دعوى المدعى وفي هذه الحالة يتمسك الخصم بالحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به ولا حاجة به أن يتمسك بمضى المدة .

(٢) التنبيه الرسمي : وهي ورقة رسمية تعلن بمعرفة محضر لتكليف المدين بوفاء تعهده فان لم يفعل ينفذ على أمواله بالوسائل القانونية (١) . ولا يكون إلّا بناء على سند رسمي واجب التنفيذ (حكم أو عقد مشمول بالصيغة التنفيذية) والالذار لا يقوم مقام التنبيه (٢) إلا اذا اشتمل على

(١) ويذهب القضاء المختلط الى أن التنبيه الرسمي قاطع لسريان المدة حتى لو لم يقبضه جبر (سم ٤ مارس ١٩٢٤ تق ج ٢٦ ، ٢٥٠ و سم ٨ يناير سنة ١٩٢٥ تق ج ٣٧ ، ١٤٣)

(٢) استئناف أهلي ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ عدد ٤٠ السنة السابقة عقرة

تكليف المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة ويكون في هذه الحالة بمثابة تكليف بالحضور. والآنذار الخالى من التكليف بالحضور يفيد فقط لاثبات تقصير الدين .

(٣) الحجز : والحجز لا يقتضى حصول تنبيه سابق دائماً كالحجز الاستحقاقى أو الامتيازى أو حجز ما للدين لدى الغير بالنسبة لدين الحاجز والمحجوز عليه (هالنون ج ١ ص ٢٠٨ وسم ١٢ يناير ١٩١٥ تق ج ٢٨ ، ١٠٩٠) .
(٤) الاعتراف بالدين ، بواسطة المدين قاطع لمضى المدة ويحصل الاعتراف كتابة أو شفاهاً . ويكون الاعتراف في هذه الحالة صريحاً . وقد يكون ضمناً كما لودفع المدين فوائد الدين (بلانيول ج ٢ بند ٦٦٥ وسم ١٨ مايو سنة ١٩١١ تق ج ٢٣ ، ٣٣٠) .

ويحصل الاعتراف بتحرير سند جديد في حالة ضياع السند القديم بشرط أن يكون مشتملاً على البيانات المهمة في السند القديم .

١٧٨ — في آثار انقطاع مضى المرة . متى انقطعت المدة فلا يحتسب الزمن السابق أى أن الزمن السابق واللاحق لا يتصلان . ويبدأ مضى المدة ثانية من تاريخ انقطاع مضى المدة الأولى . يستثنى من ذلك حالة ما اذا كان سقوط الحق مدته ٣٦٠ يوماً وحصل التاجر على اعتراف كتابى بالدين فتكون مدة التقادم ١٥ سنة (سم ٩ ما يوسنة ١٨٩٤ تق ج ٦ ، ٢٧٨) .

١٧٩ — في وقوف سريانه المدة . وقوف سريان هو عدم استمرارها زمناً بحكم القانون محافظة على حقوق مفقود الأهلية أو من عرضت له قوة قاهرة منعتة من المطالبة بحقه فلا تحتسب إلا المدة السابقة واللاحقة للوقوف باضافتهما سوياً أما مدة وقوف سريان المدة فلا تحتسب (م ٨٤ و ٨٥ / ١١٤ و ١١٥ م) .

١٨٠ — مكمته . رأى القانون حياً في تقرير العدالة بين الناس أن هناك

بعض أفراد لا يستطيعون لظروف خاصة أن يعملوا على انقطاع مضي المدة فقضى أن يعلق الزمن السابق على تاريخ الوقوف حتى يزول سببه ومتى زال جرت المدة ثانية وأضيف الزمن السابق الى الزمن اللاحق .

١٨١ - في أسباب وقوف سريانه المرة . وهى :-

(١) حالة الصغر والحجر . يقف سريان المدة لصالح القاصر والمحجور عليه مادام سبب عدم الأهلية قائماً .

ولا يقف سريان المدة إلا بالنسبة للتقادم الذى تزيد مدته على خمس سنين فلا يسرى على التقادم الذى مدته ثلاث سنين أو أقل من ذلك (طبيب سنة أقل من ٢١ سنة . خادم) .

(٢) القوة القاهرة . وهى التى تمنع صاحب الحق من المطالبة به منعاً تاماً (أسر ، قطع المواصلات ، وقف المحاكم) .

١٨٢ - سريانه مضي المرة القصيرة فى حالة الصغر والمحجر . لا يقف

مضى سريان المدة بالنسبة للقصر والمحجور عليهم اذا كانت مدة التقادم خمس سنين فأقل . والسبب هو أن المدد القصيرة لا تعتبر تقادماً بالمعنى الصحيح بل هى عبارة عن قرينة قانونية على الوفاء ولأن العادة جرت بأن لا ينتظر صاحب مثل هذا الحق مدة طويلة للمطالبة بحقوقه (أجره خادم الخ) .

١٨٣ - فى آثار مضي المرة مضي المدة دفع موضوعى يجوز للبدن

أن يتمسك به فى مواجهة الدائن . وهذا الدفع يمكن المدين من رفع دعوى الدائن . ومضى المدة لا يسرى بحكم القانون بل يجب أن يتمسك به المدين فهو وحده الذى يستعمله ويترتب على ذلك أنه يجوز للبدن أن لا يتمسك بمضى المدة ويوفى ما عليه ويكون الوفاء فى هذه الحالة صحيحاً . ولا يعتبر تجديداً للدين لأن الحق فى ذاته لا يسقط بتقادم الزمان .

وليس للمحاكم أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط الحق بمضى المدة اذا لم

يتمسك المدين بهذا الدفع (سم ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ ، ق ج ٣٥ ، ٥٠٣)
ويستفاد هذا الحكم من عبارة المادة ٢٠٤ / ٢٦٨ م التي تقول « مضى المدة
المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه اذا
تمسك بذلك » .

يستثنى من ذلك حالة ما اذا رفعت الدعوى المدنية تابعة للدعوى الجنائية
فيجوز للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط الحق تبعاً للدعوى الجنائية
الأصلية . والمسألة خلافية إذا كانت الدعوى المدنية رفعت بصفة أصلية بالمطالبة
بتعويض بسبب جريمة .

١٨٤ — متى يجوز التمسك بمضى المدة . يجوز التمسك بمضى المدة في
أية حالة كانت عليها الدعوى en tout état de cause (سم ٢٩ ديسمبر سنة
١٩٢٣ ، ق ج ٣٦ ، ١٠٩) فيجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة
الاستئناف ^(١) (سم ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ ق ج ٣٦ ، ١٧٨) بشرط أن
لا يكون المدين تنازل عن التمسك بها (أنظر بند ١٨٩) .

١٨٥ — متى لا يجوز التمسك بمضى المدة . المدين وكل شخص له
مصلحة كدائن المدين تطبيقاً للبادة ٢٠٢ / ١٤١ وكالمدين التضامن والكفلاء
(٢٠٧ / ٢٧١ مدني) فاذا ترك المدين التمسك بمضى المدة فلا يضر الا نفسه
ويجوز لكفلائه أن لا يدفعوا شيئاً الى الدائن وأن يتمسكوا بالتقادم في
مواجهة الدائن (سم ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٤ ق ج ٣٦ ، ٤٤٦)

واذا كان للدين عدة دائتين وتقدم أحد الديون ولم يتمسك المدين بمضى
المدة فيجوز لباقي الدائتين أن يتمسكوا بمضى المدة وقد يكون لهم مصلحة في

(١) لا يعتبر التمسك بمضى المدة من الطلبات الجديدة التي لا يجوز تقديمها لمحكمة
الاستئناف لأول مرة (٣٦٨ / ٤١٢ مرافعات) وذلك لان موضوع الدعوى في الدرجتين
لم يتغير ويجوز للخصوم أن يبدوا أدلة جديدة لثبوت الدعوى أو لنفيها في أية حالة كانت عليها
الدعوى (٣٦٩ / ٤١٤ مرافعات)

ذلك اذا كان الدين المتقدم ممتازاً أو سابقاً في الرهن فمن مصلحة بقية الدائنين أن يبعدوا صاحب هذا الدين ولو لم يكن دينه ممتازاً حتى لا يزاخهم في توزيع أموال المدين اذا كانت لا تكفى لسداد ديونهم (م ٢٧٠ / ٢٠٦ م) ويلاحظ أنه يشترط تدليس المدين ورغبته في الاضرار بدائنيه .

١٨٦ — في الاثر الطبيعي لمضى المرة . مضى المدة هو احدى طرق انقضاء التعهدات . وليس للدائن وسيلة للهروب من سقوط حقه . ومضى المدة يمنع القاضى من استماع الدعوى فليس له أن يبحث في حق الدائن وسببه لأن مجرد مرور الزمان بلا عذر شرعى يمنع من ذلك . وانقضاء التعهد المبني على مرور الزمان لا يمنع المدين من الوفاء . ويعتبر التعهد طبيعياً فاذا أوفى المدين فيعتبر وفاؤه صحيحاً .

١٨٧ — مضى المرة التى مررت ٣٦٠ يوماً فأقل . (م ٢١٢ / ٢٧٦ م) استثنى القانون الحقوق التى تسقط بمضى ٣٦٠ يوماً فأقل وقضى بأن لا تبرأ ذمة من يدعى التخلص بمضى المدة ^(١) الا بعد حلفه اليمين انه أدى حقيقة ما كان في ذمته وعلى ذلك لا يكفي تمسك المدين بمضى المدة بل يجب أن يحلف اليمين حتى ولو لم يوجهها اليه الدائن والمحكمة هى التى توجه اليه اليمين فى هذه الحالة الأخيرة فان نكل عن الحلف يقضى عليه بالدين .

وصيغة اليمين التى يحلفها المدين هى أنه أدى حقيقة ما فى ذمته فاذا توفى المدين فلا يستطيع الورثة أن يحلفوا اليمين بهذه الصيغة لانهم قد يحملون هذه الواقعة لذلك قضى القانون فى المادة ٢١٣ / ٢٧٧ بأن الأرامل والورثة والأوصياء يتخلصون بحلفهم « أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق » ويسمى

(١) أساس هذا التقادم افتراض براءة ذمة المدين فاذا غازع المدين في وجود الدين ، فعنى هذا أن لا يمسك بقريضة براءة ذمته وعلى ذلك لا يستطيع المدين بعد ذلك التمسك بمضى المدة القصيرة (سم ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ ، ق ج ٤٩ ، ٦٨)

يمين الاستيثاق Serment de crédulité (١)

١٨٨ - الاعتراف . وهو يقوم مقام اليمين فاذا اعترف المدين المدعى به قام هذا الاعتراف مقام اليمين . وقد يكون الاعتراف بالدين ثابتاً بالكتابة . وإذا كانت قيمة المدعى به تقل عن الألف قرش يجوز اثباته بالبينة وقد يكون الاعتراف ضمياً يستتج من الظروف كما لو تمسك بدفع يتنافر مع الوفاء مثلاً إذا تمسك بالمقاصة وتبين أن الدائن ليس مديناً بشيء إلى مدينه وفيما عدا الحلف أو الاعتراف لا يجوز للدائن أن يبدى أى وجه آخر لابطال أثر مضى المدة : ولا يجوز للقاضي أن يستتج بقاء الحق في ذمة المدين من وقائع أو ظروف أخرى خلاف اليمين أو الاعتراف .
وقضت بعض المحاكم بأنه يجوز للدائن أن يطلب من المحكمة استجواب المدين للتوصل إلى أخذ اعتراف منه بالدين . بل يجب أن يكون اعترافه سابقاً على رفع الدعوى .

١٨٩ - ترك التمسك بمضى المدة . إذا اكتسب المدين حق التمسك بمضى المدة فيجوز له أن يرفض التمسك به . وفي هذا تقول المادة ٨٠/١٠٨ ، لا يجوز ترك الحق في التمسك بمضى المدة الطويلة قبل حصوله إنما يجوز ذلك بعد حصوله لكل شخص متصف بأهلية التصرف في حقوقه . والترك يؤثر في الماضي والاعتراف بالدين يعتبر تركاً للتمسك بمضى المدة وقاطعاً لها .
(سم ١١ يناير سنة ١٩٠٠ تق ج ١٢ ، ٨٤) .

ويجوز أن يكون الترك ضمياً وهو الذى يستتج من الوقائع . وابداء المدين لأوجه دفاع خلاف التقادم لا يعتبر دليلاً على الترك فقد يكون غير عالم باكتسابه لهذا الدفع وأن ضميره لا يرضى بالتمسك بهذا الدفع القاتون

(١) إذا أقيمت الدعوى على المدين ولم يتمسك أمام محكمة أول درجة ببراءة ذمته ثم توفى فلا يستطيع ورجعه أمام محكمة ثانية درجة أن يتمسكوا بالدفع اللبى على الوفاء (سم ٢٧ يوليو سنة ١٩١٠ تق ج ٢٢ و ٣٨٧)

لاعتقاده أنه يستطيع كسب الدعوى بدفع آخر (سم ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ ق ج ٣٦ ١٧٩٠) .

ويعتبر تركاً ضمناً دفع الدين أو إجراء دفعه تحت الحساب ، ودفع الفوائد وطلب مهلة للوفاء وتقديم تأمين والتمسك بالمقاصة .

١٩٠ - الاتفاق سلفاً على ترك التمسك بمضى المدة . لا يجوز الاتفاق سلفاً على ترك التمسك بمضى المدة ومثل هذا الاتفاق يعتبر مخالفاً للنظام العام لأن المدين الذي يقبل سلفاً مد المدة القانونية يتنازل بصفة جزئية عن التقادم ويقبل أن يظل ملتزماً بالتعهد في وقت يرد القانون أن يكون فيه المدين برىء الذمة . كذلك لا يجوز الاتفاق على مد المدة Clause extensive الى مايزيد على المدة المقررة قانوناً كالاتفاق على أن تكون مدة التقادم مائة سنة بدل خمس عشرة سنة (بلانيول ج ٢ بند ٦٤٩) إنما يجوز الاتفاق على تقصير المدة Clause abbreviative ^(١) كما يحدث في عقود التلاحق أو الانضمام Contrat d'adhesion مثل عقود التأمين والنقل التي يتفق فيها على سقوط حق المستأمن أو الناقل في التعويض اذا لم يطالب به في ظرف مدة تقل عن المدة المحددة قانوناً (كابتان ج ٢ ص ١٣٨) واذا كان لا يجوز الاتفاق على ترك التمسك بمضى المدة إلا أنه توجد أحوال يجوز فيها هذا الاتفاق وذلك لأن سبب تحريم هذا الاتفاق هو مغاييرته للنظام العام الذي يأبى مد مضى المدة الطويلة . ولكن هناك أحوالاً يتأثر فيها النظام العام من هذا المد . مثال ذلك ما تقتضيه المادة ٣٢٤/٢ م من وجوب تقديم دعوى الضمان الناشئة عن عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من تاريخ العلم بها . ويقضى القانون ببقاء مسئولية المفاوض مدة عشرة سنين . فيجوز الاتفاق في هاتين الحالتين

(١) نفس فرنسي ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ د ١٨٩٦ ع ٢٤١ و ٢ فبراير سنة ١٨٩٧

وما يماثلهما على مد التقايم إلى ستة أو عشرين سنة (أوبرى وروج ه بند ٣٧٤).

وإذا ترك المدين التمسك بمضى المدة بعد أن اكتسبها فيجوز لدائنه أن يطل أثر الترك بدعوى ابطال التصرفات (الدعوى البوليسية) ويشترط أن يكون المدين قصد الاضرار بالدائن.

وإذا ترك أحد المدينين المتضامين أو المدين الأصلي حقه في التمسك بمضى المدة الموجبة لتخلصه من الدين فلا يضر ذلك باقى المدينين المتضامين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزاماتهم بمضى المدة (٢٠٧ م / ٢٧١ م) وتسرى هذه القاعدة على الشخص الذى رهن عقاره لضمان دين المدين.

ذيل - فى المواعيد القانونية

١٩١ - فى **المواعيد القانونية** : les délais préfix. وهى المواعيد التى يعينها القانون للمطالبة بجنى أو للقيام بعمل فى ظرف مدة معينة وإلا تعرض الحق للزوال وتعذر القيام بالعمل. ويترتب على التأخير سقوط الحق أو الامتياز الذى أعطاه القانون لذوى الشأن. وينص قانون للرافعات على مواعيد للطعن فى الأحكام. وينص القانون المدنى على مواعيد للطعن بالبطالان فى بعض التصرفات كالمواعيد الخاصة بالغبن الفاحش فى بيع عقار القاصر ومواعيد تطهير العقار من الرهن، ومواعيد اجراءات نزع الملكية والبيع بالزاد، ومواعيد البيع الوفاى، وفسخ البيع أو تنقيض الثمن الخ.

١٩٢ - فى **الفرد بين المواعيد القانونية والتقدام** . يفسر التقادم بضرورة وضع حد للنزاعات التى تتولد عن عدم استقرار الحقوق ومنع المطالبات المتأخرة. وأساسه حساب الاحتمالات le calcul des probabilités إذ يفترض بعد انقضاء زمن معين أن التعهد تنفذ أو أن المدين أبرى بوجه

عام من التعهد . والتقدم اقرار قانوني لهذا الاحتمال . فهو طريقة للاثبات ، أو بالأحرى اعفاء من الاثبات أكثر مما هو طريقة لانقضاء التعهد .

أما المواعيد القانونية فهي بخلاف ما تقدم . ذلك لأن المشرع بتقريره مواعيد معينة ، يبغي قسر صاحب الحق على الاسراع فى العمل . ولا يعنى بتعرف ضميره ، وتفسير نيته ، ولكنه يأمره باتخاذ خطة فى ظرف وميعاد معينين ، فإذا لم يفعل جازاه بسقوط حقه وحرمانه .

١٩٣ — فيما يترتب على النقصين المواعيد القانونية والتقدم . وضعت

المواعيد لأغراض أخرى غير أغراض التقدم مما يترتب عليه : —

(١) عدم احتمال المواعيد القانونية وقوف أو انقطاع سريان المدة لانهما خاصان فقط بالتقدم . ويقع السقوط المترتب على المواعيد القانونية رغم وقوع القوة القاهرة (نقض فرنسى ، أودة العرائض ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ س ، ١٩٢٨ ، ١ ، ٣٠٨) .

(٢) ومن باب أولى لا يجوز تعديل المواعيد القانونية بإرادة ذوى الشأن فلا يجوز مدها أو تقصيرها .

(٣) وإذا كان لا أثر للاتفاق الحاصل بين ذوى الشأن سلفاً ، على المواعيد القانونية ، فالتنازل ، عن المواعيد القانونية ، لا أثر له أيضاً . لأن المواعيد القانونية ينتج أثرها رغم إرادة المستفيد (نقض فرنسى ٧ مايو سنة ١٩٢٣ ، ٥ ، ١٩٢٣ ، ١ ، ٤٧) .

(٤) يلتزم القاضى أن يعمل على احترام المواعيد من تلقاء نفسه ولا يشترط التمسك بها بمعرفة أحد الخصوم .

(٥) إذا وقع السقوط بانقضاء المواعيد القانونية زال الحق بتأناً .

الباب الخامس

في انتقال التعهدات بالحوالة^(١)

١٩٤ — تعريف الحوالة . الحوالة Cession de créance هي عقد ينقل الدين من دائن الى شخص آخر يصبح دائناً محل الدائن الأول . وتقضى الحوالة وجود ثلاثة أشخاص وهم الدائن الذى يحول الدين ويسمى *cédant* والمحال عليه *Cédé* . والشخص الذى ينتقل اليه الحق ويسمى محالاً *cessionnaire* والمدين وهو المحال *Cédé* عليه .

وقد اعتبر القانون الحوالة كالبيع (سم ١٧ مارس سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣ ٢٢٠) ونص على أحكامها في باب البيع لتوافر أركان البيع فيها من مبيع وممن ورضا العاقدين . لكن الحوالة تحدث أحياناً بلا عوض ولهذا السبب استصوبنا دراستها مع نظرية التعهدات .

١٩٥ — في الوظيفة الاقتصادية للحوالة . الحوالة مفيدة للحيل والمحال . فهي مفيدة للحيل لأنه إذا كان الدين مؤجلاً فلا يستطيع المطالبة بدينه وقد يكون في حاجة ماسة الى نقود . ويستطيع بالحوالة الحصول على دينه . كذلك يستطيع الدائن اذا كان مديناً أن يحول حقه الى دائئه لوفاء ما في ذمته فالحوالة إذن تمكن الدائن من سك حقه نقوداً والاستيلاء عليها قبل حلول ميعاد استحقاق دينه . أو هي أداة ائتمان ، والحوالة مفيدة للمحال لأنها قد تكون وسيلة لتشهير نقوده خصوصاً اذا كان الدين مضموناً برهن .

(١) Huc, Traité théorique et pratique de la cession et de la

transmissim des créances والفايزة : تأليف احمد نجيب بك الملل

١٩٦ - في الحقوق الجائر تحويلها . الحقوق التي يجوز تحويلها هي الحقوق التعهدية الشخصية سواء أ كانت منجزة أم معلقة على شرط أم مقرنة بأجل وسواء أ كانت مقررة حاضرة أم متوقعة الحصول كالاستحقاق في ريع وقف ^(١) أو إيراد عقار . ويجوز تحويل حق المستأجر الناشئ عن الاجارة فلا يشترط أن يكون المحال به نقوداً . أما الحقوق العينية فلا يجوز تحويلها إلا بطرق خاصة بينها القانون وليست كل الحقوق التعهدية الشخصية جائزة التحويل كالخقوق المرتبطة بشخص الانسان كحق السكنى وحق الاستعمال الشخصيين (م ٣٠/١٤ مدني) وتذاكر الاياب وتذاكر المواسم والاشتراك في السكة الحديد والتذاكر المخفضة في المراسح . والنفقات المقررة أو المرتبة مؤقتاً (م ٤٣٦/٤٩٨ مرافعات) . ومراتب الموظفين ومعاشاتهم ومصاريف الانتقال والمكافآت (قانون نمرة ١٧ لسنة ١٩١٨) وأجور العمال الذين يعملون للحكومة أو إحدى مصالحها . وأجور الخدمة وماهيات المستخدمين الذين يشتغلون في خدمة الأفراد أو الدوائر الخاصة أو المحال التجارية إلا بقدر النسبة المبنية في القانون (م ٤٣٤/٤٩٦ مرافعات) .

١٩٧ - في مري الموالاة . تنقل الحوالة إلى المحال الدين وما يتبعه من التأمينات كالرهن والامتياز والكفالة . لكن الحقوق الشخصية المتعلقة بالمحيل لا تنتقل الى المحال كما لو كان المحيل قاصراً فوقوف سريان المدة بالنسبة له . حق شخصي لا ينتقل إلى المحال .

ولكن هل ينتقل الى المحال حق المحيل في فوائد الدين ؟ يجب التفرقة بين الفوائد المتجمدة للمحيل قبل الحوالة والفوائد المستحقة بعد الحوالة فأما

(١) عكس ذلك سم ١٤ ابريل سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ ، ٢٩١ حيث أعتبر استحقاق المستحق في وقف حقاً عينياً droit de propriété وليس حقاً تعهدياً droit de créance وأجاز الحكم الحوالة بين الوطنيين بلا حاجة الى رضا ناظر الوقف (الدين) . وخطل هذا الحكم ظاهر .

بالنسبة للفوائد المتجمدة قبل الحوالة فيرى بعض الشراح أنها تكون من حق المحال لأن صلح الدين قد انتقل اليه ولا يمكن المطالبة بالفوائد إلا بمقتضى هذا الصلح . ويرى فريق آخر أن المرجع في ذلك الى ظروف الحال وإلى نية المتعاقدين أما بالنسبة للفوائد المستحقة بعد الحوالة فلا نزاع في أنها من حق المحال .

الدفع التي يجوز للمحال عليه أن يحتج بها على المحال . ينتقل الدين الى المحال بالحالة التي كان عليها قبل الحوالة . فيجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال بالدفع التي كان يمكنه أن يبيدها في مواجهة المحيل قبل الحوالة سواء كانت هذه الدفع من شأنها انقضاء الدين أو انقاصه . ولا يفسط حق المحال عليه في هذه الدفع إلا اذا تنازل عنها . ورضاء المدين بالحوالة يفيد تنازله ضمناً عن الدفع التي له قبل المحيل . وعلى ذلك فلا يستطيع أن يحتج بها على المحال . يؤيد ذلك ماورد في المادة ١٩٧ / ٢٦١ مدني حيث تقول : « اذا أحال الدائن آخر بدين وقعت فيه المقاصة وقبل المدين الحوالة فلا يصح له بعد ذلك التمسك بالمقاصة على المحال انما له أن يطالب المحيل بدينه » .

١٩٨ — في شروط الحوالة في القانون الأهلي : لا تنتقل ملكية الدين من المحيل الى المحال إلا برضاء المحال عليه كتابة . فان لم يوجد مستند كتابي فلا تثبت الحوالة الا بالاقرار أو باليمين (م ٣٤٩ مدني) يترتب على ذلك أنه لا يكفي لاثبات الرضاء وجود مبدأ ثبوت بالكتابة .

ولا يشترط أن يكون رضاء المدين معاصراً للحوالة فيجوز أن يكون سابقاً عليها كما لو ذكر في الصلح أنه قابل للتحويل أو أنه لأمر أو تحت اذن المحيل أو أنه لحامله .

واشترط القانون الأهلي رضاء المدين بالحوالة مفيد من الوجوه الآتية :

(١) بالنسبة للمدين . قد يكون للمدين مصلحة في ابقاء الأمر سرّاً

بينه وبين دائته وقد يجوز أن يكون دفع الدين وترك سند الدين مع الدائن .

(٢) بالنسبة للمحال . اشتراط القانون الاهلى رضا المدين بالحوالة مقرر فى مصلحة المحال إذ يستطيع أن يتحقق من بقاء الدين فى ذمة المدين لاحتمال أن يكون لدى المدين دفع مبطل للتعهد فرضاؤه يكون بمثابة اعتراف بوجود الدين وبعدم وجود وجه لبطلانه ، واعتراف بتنازله عما يكون عنده من الأوجه الموجبة للبطالان .

١٩٩ — فى شروط الحوالة فى القانون المختلط . لا يشترط القانون المختلط رضا المدين بالحوالة . وفى هذا تقول المادة ٤٣٥ من القانون المدنى المختلط « تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع الى المشتري بمجرد تراضيهما » وقد اتبع فى ذلك القانون الفرنسى الذى يعتبر أن الدين جزء من ثروة الدائن فلا معنى لتعليق البيع على ارادة المدين خصوصاً وأنه لا يترتب على هذا البيع زيادة الدين .

٢٠٠ — متى يسرى على الحوالة القانون الاهلى ومتى يسرى القانون المختلط . لأجل أن تعرف أى القانونين يسرى على الحوالة يجب أن نرجع الى الوقت الذى نشأ فيه المدين . فإذا كان الدين ناشئاً بين وطنيين سرت أحكام القانون الاهلى حتى لو حصلت الحوالة بعد ذلك لأجنبى وفيما عدا ذلك يسرى القانون المختلط والى هذا أشارت المادة ٤٣٦ مدنى مختلط فقالت « ومع ذلك فالتعهدات المدنية المحضة بين الاهالى لا يجوز تحويلها إلا برضا المدين^(١) ولا يثبت الرضا إلا بالكثابة أو النكول عن البين » .

ويلاحظ أن المادة تشير الى « التعهدات المدنية » فإذا كان الدين تجارياً خضع للأصول المقررة فى القانون التجارى اذا كان هذا الدين ثابتاً فى ورقة تجارية مستوفية لكل شرائط الأوراق التجارية . ومعلوم أن انتقال

(١) وهو دفع موضوعى يجوز ابدؤه حتى أمام محكمة الاستئناف (سم ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ تق ج ٣٦ ، ٢١١) وللمدين هو الذى يحتج بهذا الدفع فقط (سم ١٢٢ ابريل سنة ١٩١٩ تق ج ٣١ ، ٢٥٧ و سم ٢٧ ابريل سنة ١٩٢٠ ، تق ج ٢٢ ، ٢٩٦)

الحقوق الثابتة في أوراق تجارية يقع بواسطة التظهير أو المناولة دون حاجة إلى رضا المدين (بند ٢٠٢)

٢٠١ — في شروط سريان الحوالة . تقضى المادة ٣٤٩ من القانون المدني الأهل بأنه « لا يصح الاحتجاج بالبيع على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخ الورقة المشتملة على رضا المدين به ثابتة بوجه رسمى ولا يسوغ ذلك الاحتجاج الا من التاريخ المذكور فقط » وتقضى المادة ٤٣٦ من القانون المدني المختلط بأنه « وتنقل الملكية بالنسبة لغير المتعاقدين أولاً اعلان المدين بتحويل ما عليه من الدين اعلاناً رسمياً . ثانياً بقبول المدين الحوالة بكتابة مؤرخة تاريخاً ثابتاً بوجه رسمى ولا يسرى مفعول الانتقال الا من ذلك التاريخ فقط » ثم أضافت المادة بعد ذلك « أما بالنسبة للمدين فيعتبر الانتقال من تاريخ قبوله ولو لم يكن ذلك التاريخ ثابتاً بوجه رسمى . »
ومجرد علم المدين بتحويل الدين لا يقوم مقام الاعلان أو القبول ولا يجعل المدين ملزماً بالوفاء للحال له .

وقد استثنى القانون من قاعدة سريان الحوالة على غير المتعاقدين بالقبول بتاريخ ثابت أو بالاعلان الأحوال الآتية : —

(١) تقضى المادة ١٣ من قانون التسجيل بأنه « لا يصح التمسك في وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز عقارى إلا اذا حصل التأشير بناء على طلب المحول اليه » .

(٢) تقضى المادة ٢ من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ بأنه « يلزم تسجيل عقود الايجار الذى تزيد مدته على تسع سنين وسندات الأجرة المعجلة الزائدة على ثلاث سنين لأجل أن تكون حجة على الغير ولم يشر القانون الى حوالة الأجرة والمعقول أنه لا فرق بين قبض الأجرة معجلاً وتحويلها لأنه يترتب في كلتا الحالتين نقص قيمة العقار في نظر الغير لذلك يجب تسجيل صك الحوالة بالأجرة الزائدة على ثلاث سنين ، فاعلان الحوالة أو قبول

المستأجر لها بعقد ثابت التاريخ لا يكفي لجعلها نافذة على الغير ولا بد من تسجيلها أيضاً متى كانت الحوالة منصبة على أجرة زائدة على ثلاث سنين .

٢٠٢ - في انتقال الحقوق الثابتة في أوراق تجارية أو مالية . إذا كانت القاعدة العامة المقررة في القانون المدني الأهل أن الحقوق لا تنتقل من ذمة الدائن الى المحال إلا برضاء المحال عليه فإن ما تقتضيه التجارة من سرعة تداول الحقوق تجعل سريان هذه القاعدة معطلا لها لذلك أجازت القوانين انتقال الحقوق التجارية الثابتة في أوراق تجارية أو مالية بشكل أبسط من حوالة الحقوق المدنية وهو ما أشارت اليه المادة ٣٦٩/٣٦٤م حيث قالت : كل هذا بدون اخلال بأصول التجارة فيما يتعلق بالسندات والأوراق التي تنقل الملكية فيها بتحويلها ، وهذه الطرق الخاصة لا ترجع إلى طبيعة التعهد ولكن الى شكل الصك المثبت للتعهد المحرر طبقاً للأوضاع المقررة في القانون التجارى . والصكوك التي تنتقل بطرق خاصة هي :

(١) السندات والأسهم التي لحاملها . وهي تشابه من وجه الأشياء المادية في أن ملكيتها تنتقل بواسطة التسليم المادى حتى قيل بأن الحق يختلط بالنسبة لها في الصك المثبت له فإذا ضاع الصك ضاع الحق .

(٢) السندات والأسهم الاسمية . وتنتقل ملكيتها بواسطة الكتابة في دفاتر الشركة التي أصدرت هذه الصكوك .

(٣) الصكوك الاذنية . كالسند الاذنى والبيكيالة والشيك المشتعل على شرط الاذن وسندات الشحن البحرى (م ٩٩ تجارى بحرى) وسندات التخزين في المخازن العمومية تنتقل ملكيتها بالتظهير وهي كتابة يثبتها المظهر في ظهر الصك تفيد انتقال الحق الثابت في الصك الى المظهر اليه .

وقد قضى القانون المدني المختلط في المادة ٤٣٧ بأنه : في المواد التجارية تحويل الدين الذى لم يكن بسند تجارى يكون معتبراً بالنسبة للغير اذا ثبت

اعلان التحويل للمدين أو قبوله له بمقتضى دفاتر محررة حسب القانون أو بأوجه الثبوت المقبولة فى المواد التجارية :

٣٠٣ - استعمال شرط الزود والسند لحامد فى التعهدات المدنية .
نشأت صيغة شرط الاذن فى الأوساط التجارية سداً لحاجات التجارة .
ولكن شرط الاذن جائز الاستعمال أيضاً فى التعهدات المدنية حتى لو كان الصك غير مستوف لشروط السند الاذنى المقررة فى القانون التجارى وقد أقرت المحاكم المصرية والفرنسية استعمال السند لحامله فى المعاملات المدنية

٣٠٤ - فيما يترتب على الحوالة . تنتج الحوالة أثرها القانونى بين العاقدین دون حاجة الى أى اجراء آخر سوى رضا المتعاقدين وهى تشبه من وجه بيع المنقول المعين بالذات فى أن الملكية تنتقل فيه بين المتعاقدين بمجرد حصول الإيجاب والقبول ويلتزم المحيل بتسليم الصك الى المحال . ويلاحظ أن هذا الأثر قاصر على المتعاقدين وهما المحيل والمحال . أما من عداهما فيعتبرون من غير المتعاقدين لأنهم ليسوا طرفاً فى عقد الحوالة وهم المحال عليه وجميع من يتلقون من المحيل حقوقاً على الدين المحال به مثل دائنو المحيل العاديين الذين أوقعوا حجزاً على الدين تحت يد المحال عليه ومن يرهن لهم المحيل الدين المحال به ومن يحول اليهم المحيل الدين السابق تحويلة .

ولما كان المدين المحال عليه يعتبر من غير المتعاقدين لذلك يعتبر الدين باقياً فى ملك المحيل مادام المحال عليه لم يرض بالحوالة على حسب القانون الأهلى أو لم يعلن بها على حسب القانون المختلط . لذلك يجب لأجل معرفة ما يترتب على الحوالة أن نفرق بين الزمن السابق والزمن اللاحق لقبول المدين الحوالة أو اعلانه بها على حسب التفصيل المتقدم .

(١) الزمن السابق لرضاء المدين أو اعلانه . المحيل هو الذى يملك

مقاضاة المدين ومطالبته بالدين . والمحيل هو الذى يستطيع أن يتخذ الاجراءات التحفظية قبل المدين . لكن المحاكم الفرنسية قضت بأن المحال يجوز له أن يتخذ الاجراءات التحفظية كأن يحدد الرهن المقرر لضمان الدين (باريس استئناف د ، ٧٨ ، ٢ ، ٢٦) وأن يحجز ما للمحال عليه لدى الغير (نقض د ، ٩٠ ، ٢ ، ٢٦٤) ويعتبر المحال فى هذه الحالة كالدائن المعاق دينه على شرط موقف اذ يجوز له أن يتخذ الطرق التحفظية ،

كذلك يجوز للمحال عليه أن يدفع فى مواجهة المحال بكل الدفع الذى يجوز له أن يتمسك بها قبل المحيل . فاذا دفع المحال عليه الى المحيل الدين كان دفعه مبرئاً له بالنسبة للمحال . واذا أصبح المحال عليه (المدين) دائناً للمحيل جاز له أن يتمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال . واذا أبرأه المحيل من الدين أو اذا صدر حكم فى صالحه جاز له أن يحتج بكل ذلك فى مواجهة المحال .

ويجوز لدائنى المحيل أن يعتبروا الدين باقياً فى ثروة المحيل وأن يوقعوا حجزاً تحت يد المحال عليه . واذا أفلس المحيل ترتفع يده عن الدين ويدخل ضمن أموال التفليسة . وكذلك الحال بالنسبة للمحيل غير التاجر فيظل الدين معتبراً ضمن أمواله التى يعتمد عليها الدائنون للوفاء .

وأخيراً يجوز للمحيل ان يتصرف مرة ثانية فى الدين ويحوله الى محال ثان وثالث ورابع وتكون العبرة فى هذه الحالة بتاريخ قبول المدين فالمحال الذى يكون قد حصل على رضا المدين قبل غيره يفضل على بقية المحالين ويفضل المحال الذى اعلنت حوائثه قبل غيره من المحالين . واذا اعلن المحال عليه بحوائثين فى يوم واحد عن دين واحد وكانت ساعة الاعلان مبينة فى ورقى الاعلان فضلت الحوالة السابقة على الحوالة اللاحقة .

(٢) الزمن اللاحق لقبول الحوالة . بمجرد قبول المدين الحوالة يصبح المحال دائناً ويستطيع مقاضاة المدين . ولا يستطيع المدين التمسك على المحال بالدفع الذى له قبل المحيل السابقة على الرضا كما أن المحيل لا يملك التصرف

مرة ثانية في الدين بطريق الحوالة. كذلك دائنو المحيل لا يجوز لهم توقيع الحجز على المحال به (الدين) وإذا كان المحال عليه دائماً للمحيل فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة في مواجهة المحال لأن قبوله الحوالة يعتبر تنازلاً عن التمسك بالمقاصة وأنه ما زال مدينأً . على أن المدين يجوز له أن يقيد قبوله فيحفظ لنفسه الحق في التمسك بالمقاصة الجزئية إذا كان دفع جزءاً من الدين إلى المحيل **القانون المختلط** . تنتج الحوالة أثرها بمجرد تراضى المحيل والمحال وتعتبر بيعاً تاماً . فإذا تصرف المحيل بعد ذلك في الدين وكانت الحوالة لم تعلن جاز للمحال الرجوع على المحيل بالضمان .

٢٠٥ - في **العمامة** . يضمن المحيل وجود الدين في وقت حصول الحوالة أي أنه يضمن لزوم الدين في ذمة المحال عليه وأنه واجب على المحال عليه وجوباً قانونياً . وتقول المادة ٣٥١/٣٩٩ م « لا يضمن البائع للمشتري إلا وجود الحق في المبيع في وقت البيع » ولا يضمن المحيل بسر المدين مادام الحق ثابتاً وموجوداً في ذمة المدين وقت الحوالة . وفي هذا تقول المادة ٣٥٢/٤٤٠ مدني « لا يضمن المحيل يسار المدين في الحال ولا في الاستقبال إلا إذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين المذكورتين » ويقع ضمان المحيل في ثلاث حالات :-

(١) إذا كان الحق غير موجود وتعتبر الحوالة باطلة لانعدام موضوعها والضمان قاصر على الثمن والمصاريف أي الثمن الذي دفعه المحال للمحيل وفي هذا تقول المادة ٣٥١/٣٩٩ م « لا يضمن البائع للمشتري إلا وجود الحق المبيع في وقت البيع وضمائمه تكون قاصرة على ثمن المبيع والمصاريف » وتشمل المصاريف مصاريف الحوالة ومصاريف دعوى المحال على المحال عليه ومصاريف دعوى الضمان .

ويلاحظ أن اشتراط القانون الأهلي رضا المدين لانعقاد الحوالة يجعل دعوى الضمان نادرة الوقوع لأن قبول المدين للحوالة اعتراف بوجود

الدين وهو ما يمنع رجوع المحال على المحيل إلا في أحوال نادرة الحصول كأن يتم قبول المحال عليه بطريق الاكراه .
(٢) إذا سقط الحق بدفع كالاكراه .
(٣) إذا كان الحق مملوكا لغير المحيل . وفي هذه الحالة يكون المحيل بائعاً لملك الغير .

ويشمل الضمان الحقوق التبعية كالرهن والكفالة ولو لم ينص عليها في عقد الحوالة . ولا يضمن المحيل الا وجود هذه التأمينات فاذا تبين أن الكفيل معسر أو أن العقار مرهون لا يفي بالدين فلا مسئولية على المحيل لأنه لا يضمن يسار الكفيل أو كفاية المرهون لوفاء الدين الا اذا اتفق على ذلك في العقد ٢٠٦ - عدم الضمان اذا كانت الحوالة بموجب عهده . يسقط الضمان عن المحيل اذا كانت الحوالة بلا عوض لأن الضمان يقتضي وجود المقابل والمحال لم يدفع شيئاً الى المحيل . لكن المحيل يضمن اذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً .

٢٠٧ - الاتفاق على رفع الضمان . يجوز أن يتفق العاقدان على حصول الحوالة بلا ضمان وفي هذه الحالة لا يسأل المحيل عن التعويضات التي يستحقها المحال بسبب عدم وجود الحق لكنه يلزم برد الثمن والمصاريف الا إذا كان شرط عدم الضمان شاملاً لذلك (راجع م ٣٠٢ / ٢٨٦ مدني) كذلك شرط عدم الضمان لا يغني المحيل من ضمان فعله الشخصي كما لو أبرأ المحال عليه أو حول الدين مرتين لزمه الضمان ولو اشترط على المحال أنه غير ضامن لوجود الدين .

وقد يزول الضمان بحكم القانون اذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو مجرد حق فلا يكون مسئولاً عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق (٣٥٣ / ٤٤٤ م) ويجوز للمدين ان يتخلص من الدين بدفعه للمشتري الثمن الحقيقي الذي اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة (م ٣٥٤ / ٤٤٢ م) .

٢٠٨ - ضمانه يسر المديحه . يجوز الاتفاق على ان يضمن المحيل
يسر المدين في الحال او في الاستقبال . واذا ضمن المحيل يسر المدين فيجب
على المحال أن يطالب اولا المحال عليه حتى اذا ثبت اعساره طالب المحيل
(حق التجريد)

و ضمان يسر المدين لا يكون الا بمقدار الثمن الذي قبضه المحيل والمصاريف
ولكنه لا يدفع الفرق بين الثمن وبين قيمة الدين الاسمية (م ٣٥١ / ٤٣٩ م) .

الباب السادس

التعهدات المركبة (التعهدات المتعددة المحال أو الأشخاص)

الفصل الاول — في التعهدات التخيرية والبدلية

الفرع الاول — في التعهدات التخيرية

٢٠٩ — تعريف . التعهد التخيري هو الذى يكون فيه محل التعهد متعدداً قسراً ذمة المدين بالوفاء بواحد منها . ويجوز أن يكون محل التعهد شيئاً أو فعلاً أو الاثنين معاً (obligations alternative) .

٢١٠ — فى الخيار . القاعدة أن الخيار للتعهد الا اذا وجد نص صريح فى التعهد يقضى بخلاف ذلك . وفى هذا تقول المادة ٩٦ / ١٥٠ م « اذا كان التعهد بعمل أحد شيئين فأكثر فالخيار للتعهد الا اذا وجد نص صريح فى التعهد أو فى القانون يقضى بخلاف ذلك » ، واذا كان الخيار للمدين فلا يجوز له أن يفتى بجزء من كل ما تعهد به لأن الوفاء يجب أن يكون على الوجه المتفق عليه (٢٣٢ / ١٦٨ م) والخيار يكون للتعهد له بحكم القانون فى الحالة التى أشارت اليها المادة ١٦٨ / ١٤٢ التى تقول « اذا كان التعهد بشئ معين مقرر حكمه فى القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للتعهد عند عدم وفائه بشئ متعهد به فى الاصل كان الخيار للتعهد اليه فى طلب وفاء التعهد الاصلى أو التعهد الجزائى بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً » ، كما لو تعهد شخص بأن يقوم بعمل معين أو بدفع جزاء فالخيار للتعهد له فى طلب الوفاء أو الجزاء حسبما يرى .

وإذا توفي من له حق الخيار انتقل هذا الحق الى ورثته ويجب في هذه الحالة أن يتفق الورثة فيما بينهم على الكيفية التي يختارون بها وفاء التعهد . فإذا لم يتفقوا جاز للطرف الآخر أن يرفع الأمر الى القضاء ليحدد ميعداً للورثة فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يختاروا انتقل هذا الحق للمحكمة التي يكون لها الخيار .

٢١١ — في انتقال الملكية . إذا كان موضوع التعهد اعطاه احد شيئين فلا تنتقل الملكية مادام المدين لم يظهر خياره . وذلك لأن موضوع التعهد لم يتعين بعد . ويشابه التعهد التخيري البيع المعين نوعه فقط من حيث انتقال الملكية فالقانون يقضى في المادة ٢٦٨ / ٣٣٨ « بأنه لا تنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط الا بتسليمه للبشترى » وتسرى هذه المادة على التعهدات التخيرية

ولكن هل تنتقل الملكية من يوم التعاقد ؟ هذه مسألة تختلف فيها الشراح . اذ يرى البعض أن الملكية تنتقل من اليوم الذي يقع فيه الخيار لأن التعهد التخيري لا ينتقل الملكية ولكنه يعطى الى الدائن حقاً شخصياً قبل المدين . أما انتقال الملكية فلا يكون الا منذ حصول الخيار . بينما يرى البعض الآخر أن الملكية تنتقل من يوم التعاقد أى أن الخيار له اثر رجعى وذلك لأن مركز الدائن لم يتغير بسبب كون التعهد تخييرياً فإذا تعهد المدين بأن يختار الوفاء بأحد شيئين (١) او (ب) فهو يتحمل في الواقع تعهداً معلقاً على شرط اى انه يتعهد بتسليم (١) بشرط ان يكون له الخيار في ان ينفى بالشئ الآخر (ب) فاذا تحقق الشرط سرى اثره على الماضى عملاً بالمادة ١٥٩/١٠٥ التي تقول « اذا تم الشرط بوقوع الامر المعلق عليه وجود التعهد او بطلانه فيعتبر المتعهد به والحقوق اللاحقة له مستحقة او لاغية من وقت الاتفاق على ذلك الشرط » . ويجوز ايضاً الاعتماد على المادة ١٤٥/٩١ للقول بانتقال الملكية منذ التعاقد .

ويرتب على انتقال الملكية منذ التعاقد النتائج الآتية :-

- (١) اذا كان المتعهد له الخيار بين تسليم (١) أو (ب) للمتعهد له ثم باع (١) الى آخر واستعمل المتعهد حق الخيار واختار الوفاء بـ (١) فيستطيع المتعهد له أن يسترد العين (١) من المشتري الجديد لأن المتعهد له يعتبر مالكا منذ التعاقد. على أن المشتري الجديد يستطيع أن يدفع دعوى المتعهد له بقاعدة « الحيازة مستند الملكية » ، واذا كانت العين عقاراً فيجوز للمشتري الجديد أن يدفع دعوى المتعهد له بعدم تسجيله مستنده عملاً بالمادة ٧٣٧/٦١١ مدني.
- (٢) إذا أفلس المتعهد جاز للمتعهد له أن يسترد الشيء الذي وقع عليه خيار المتعهد وبذلك لا يستولى على نصيب كبقية الدائنين .

٢١٢ - فيما يترتب على استعانة تنفيذ أمر الامرين . اذا صارت احدى الكيفيات المعينة لتنفيذ غير ممكن الحصول عليها فيكون التنفيذ قاصراً على الكيفية الممكن تنفيذ التعهد بها (م ٩٧ / ١٥١ مدني) .

واذا كان الخيار للمتعهد له وصار طريق من طرق الوفاء غير ممكن بتقصير المتعهد فالمتعهد له الخيار بين طلب الوفاء بالطريق الممكن وبين طلب التعويض المترتب على عدم الوفاء بالطريق الممكن (م ٩٩ / ١٥٣ مدني) .

وأخيراً إذا صار الطريقان المعينان للوفاء غير ممكنين بتقصير المتعهد ، غيبى حق الخيار للمتعهد له بين التعويضين المعينين لعدم الوفاء (١٥٤ / ١٠٠) .

الفرع الثاني - في التعهدات البديلة^(١)

٢١٣ - تعريف . التعهد البديلي هو ما يكون موضوعه أمراً واحداً لكن يجوز للمتعهد أن يبرئه ذمته بالوفاء بأمر آخر معين بدلاً من الاول .

ولم يشر القانون إلى التعهدات البديلية مع ما لها من الفوائد العملية التي

تزيد على فوائد التعهدات التخيرية التي خصص لها القانون المدني خمس مواد.

٢١٤ - في الفرق بين التعهدات البرية والتعهدات التخيرية . التعهد البديل موضوعه واحد . والامر الذي يجوز للتعهد الوفاء به بطريق البديل هو طريقة لبراءة الذمة وليس وفاء للتعهد ، أما في التعهد التخيري فالأشياء المتعددة كلها واجبة الاداء كل واحد منها داخل في التعهد ولكنه لا يدخل في التعهد الا عند اختياره وقت الوفاء . وقد كان القانون الروماني يقضى بأن العبد اذا أحدث ضرراً بخطئه للغير جاز مطالبة مالكة بتعويض الضرر فاذا ثبتت مسئولية المالك جاز له بدلا من دفع التعويض أن يمسك العبد الى المدعى . وتوجد في القوانين المصرية أمثلة على التعهدات البديلية :

(١) اذا هلك العقار المرهون على الدين او حصل فيه خلل بحادثة قهرية أوجبت الشك في كفايته للتأمين وجب على المدين ان يؤدي الدين قبل حلوله ولكنه يستطيع أن يبري نفسه من هذا الالتزام بأن يرهن عقاراً غيره كافياً للتأمين (م ٥٦٢ / ٦٩٦ ، ٧٩٧ مدني) .

(٢) تعهد الحائز لعقار مرهون يعتبر بديلاً لأنه يجب عليه أن يخلى العقار المرهون ان لم يختار دفع الدين ويحل محل الدائن في حقوقه أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغاً يقدر به قيمة العقار بشرط أن يكون أقل من الباقي في ذمته من ثمنه (م ٥٧٤ ، ٥٧٥ / ٦٨٦ مدني) .

(٣) إذا عرض الحامل الكميالة على المسحوب عليه لأجل أن يقبلها ورفض قبولها وجب عليه أن يثبت عدم قبوله بروتستو عدم القبول ومتى أعلن البروتستو إلى المظهرين والساحب وجب عليهم أن يقدموا كفيلاً ضامناً ان لم يختاروا الوفاء حالاً (م ١٢٠ / ١٢٥ تجاري) .

٢١٥ - في الفوائد العملية المترتبة على التفرقة بين التعهدات التخيرية

والبرية :

(١) صفة التعهد التخييري لا تتعين إلا في وقت الخيار . فإذا كان أحد الشئتين الجائز الوفاء بهما منقولاً والثاني عقاراً فلا يمكن وصف التعهد بأنه متعلق بعقار أو بمنقول إلا في وقت الخيار . أما التعهد البدلي فصفته تتعين في يوم التعهد . والذي يعين هذه الصفة هو موضوع التعهد البدلي الذي يعتبر أمراً عارضاً .

(٢) يترتب على هلاك موضوع التعهد الأصلي بدون خطأ المدين وقبل أن يثبت تقصيره انقضاء التعهد البدلي لانعدام موضوعه . أما في التعهد التخييري فهلاك أحد الأمرين لا يترتب عليه الانقضاء ولكنه يضيق مجال الخيار بالنسبة للتعهد ويجعله تعهداً بسيطاً .

(٣) في التعهد التخييري إذا كان أحد الأمرين غير مشروع أو مستحيل الوفاء بقي التعهد قائماً بالنسبة للأمر الآخر وقل فقط الخيار أو انعدم . أما في التعهد البدلي فإذا كان موضوع التعهد محرماً أو مستحيلاً انعدم التعهد كلية لأن البدل غير واجب في ذاته بل بصفة تبعية . والفرع يتبع الأصل وجوداً وعدمًا .

(٤) إذا كان التعهد بدلياً فلا يجوز للتعهد له أن يطلب شيئاً خلاف موضوع التعهد ويجب على المحكمة أن تقضى على المتعهد بوفائه لكن للتعهد بعد صدور الحكم الحق في أن يعرض البدل للوفاء إذا أراد (٥٤٩،٢،٩٢،د) أما في التعهد التخييري فإذا كان الخيار للتعهد فيجب على المتعهد له أن يطلب الوفاء بأحد الأمرين ولا يجوز له أن يطلب واحداً منهما لأنه يكون في هذه الحالة أعطى لنفسه حق الخيار مع أن الفرض أن هذا الحق مملوك للتعهد .

الفصل الثاني

في التعهدات المنقسمة والتضامنية

٢١٦ - تقسيم . قد يكون التعهد بسيطاً وهو الذى يقوم بين دائن واحد ومدين واحد . ولكن يحدث كثيراً أن يتعدد الدائتون والمدينون . وهذا التعدد لا يحصل دائماً وقت انعقاد التعهد بل قد يكون لاحقاً له بسبب طارئ فقد يخلف الدائن أو المدين عدة أشخاص يقومون مقامه كما هو الحال في الوفاة . وعند تعدد الدائنين أو المدينين يسمى التعهد مشتركاً أو منقسماً . وأخيراً قد يكون التعهد تضامنياً .

الفرع الأول - في التعهدات المشتركة أو المنقسمة

٢١٧ - القاعدة . اذا تعدد الدائتون أو المدينون فالقاعدة أن يقسم التعهد الى أجزاء بقدر عدد الدائنين أو المدينين . وليست هذه القاعدة واردة في القانون المدنى ولكنها مستفادة من المادة ١٠٨ / ١٦٢ التى تقضى بأنه لا يلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد به الا اذا اشترط تضامنهم لبعضهم في العقد أو اذا أوجب القانون

٢١٨ - في كيفية التقسيم . يحصل التقسيم بعدد الرؤوس أى بأجزاء متساوية . فاذا اشترى اثنان شيئاً فيلزم كل واحد منهما بنصف الثمن . ولكن يجوز أن يتفقا على خلاف ذلك فيعظم أو يقل نصيب كل واحد من المتعاقدين وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً . واذا توفي الدائن أو المدين عن وريثة تقدر حصة كل وارث حسب نصيبه الشرعى في الميراث .

٢١٩ - في الاثناء المترتبة على تجزئة التعهد . تجزئة التعهد تزيل وحدته الأصلية فيصبح كل دين مستقلاً عن الآخر (١) فلا يلزم كل

مدین الا بنصیه ولا یطالب کل دائن الا بنصیه . فاذا أعسر أحد المدينين فلا یسأل بقية المدينين عن اعساره وینحمل الدائن وحده الخسارة (٢) واذا ثبت تقصیر أحد المدينين فهو وحده الذى يتحمل نتيجة تقصيره ولا يتعدى أثره إلى بقية المدينين (٣) واذا وقف سريان التقادم بالنسبة لأحد الدائنين أو انقطع بالنسبة لأحد المدينين فيستفيد الأول ويضار الثانى ولكن التقادم یسرى لصالح أو ضد من عداهم
وإذا كانت القاعدة العامة تجزئة التعهدات فهذه التجزئة تمتنع بسببين وهما التضامن وعدم الاقسام .

الفرع الثانى — فى التعهدات التضامنية

٢٢٠ — **معمومات** . التضامن هو حالة خاصة بالتعهدات تمنع تجزئة التعهد بين الدائنين أو المدينين . وتضامن الدائنين یسمى « التضامن الموجب *solidarité active* وتضامن المدينين « التضامن السلبي *solidarité passive* » والتضامن فى كلتا الحالتين فى فائدة الدائن إذ بمقتضاه یتيسر له قبض كل ما فى ذمة المدين مع وجود دائنين آخرين أو مدينين متعددين . ويكون التضامن إتفاقياً أو قانونياً أى بحكم القانون . والتضامن من أهم المسائل المتعلقة بنظرية التعهدات وقد عنى به المشرعون من عهد الرومان إلى الآن ودقق الشراح فى بحثه وعנית المحاكم بتمحيصه .

المبحث الاول — فى تضامن الدائنين

٢٢١ — **تعريف** . أشارت المادة ١٠٧ / ١٦١ م الى تضامن الدائنين فقالت « إذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقي فى استيفاء الشئ المتعهد به يكون كل منهم قائماً مقام الباقي فى ذلك وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل »

وتضامن الدائنين نادر الحصول في المسائل المدنية والسبب في ذلك هو أن تعدد الدائنين يعرضهم لخطر إعسار أو سوء نية الدائنين إذا تعجل أحدهم باقي الدائنين واستولى على كل الدين . وهو من جهة أخرى عديم الجدوى لأنه إذا لزم الحال أن يحصل الوفاء لأحد الدائنين ففي استطاعتهم أن يوكلوا أحدهم في القبض عند حلول الأجل .

على أنه توجد حالات عملية لتضامن الدائنين كما لو كانوا أصلاً مدينين متضامين ثم طرأ ظرف جعلهم دائنين فيظنون في هذه الحالة متضامين مثال ذلك باع شخصان عقاراً غير قابل للتجزئة ثم طلبا فسخ البيع لعدم دفع الثمن ٢٢٢ — مصادره . تضامن الدائنين يكون نتيجة اتفاق ولا يكون بحكم القانون

٢٢٣ — الفرض من التضامن . الغرض من تضامن الدائنين تمكين كل واحد من الحصول على كل الدين . والوفاء الذي يحصل إلى أحد الدائنين يرى المدين قبل كل الدائنين

٢٢٤ — لمن يحصل الوفاء . يجوز للمدين أن يوفى إلى من يختاره من الدائنين . ولكن إذا رفع أحد الدائنين دعوى على المدين فهل يجوز له أن يوفى إلى دائن آخر : أجاب القانون الفرنسي (م ١١٩٨ مدني) بالسلب . أما القانون المصري فلم يتعرض لهذه الحالة ولم يتعرض حالة مماثلة أمام المحاكم المصرية

٢٢٥ — في عقوبات الراتبين المتضامين . ليس الدائن المتضامن حراً في التصرف في كل الدين كما يشاء . وكل ما في الأمر أنه موكل من بقية الدائنين في المحافظة على الدين وفي قبض ما يزيد على حصته فيه . ولا يجوز له أن يعمل عملاً من شأنه الإضرار ببقية الدائنين

قلنا أن كل دائن له حق المحافظة على الدين ويترتب على ذلك ما يأتي :—
(١) يجوز لكل دائن أن يقبض كل الدين ويحرر مخالصة الى المدين
(٢) إذا أثبت أحد الدائنين تقصير المدين فيستفيد من هذا الاجراء
باقى الدائنين .

(٣) إذا وجبت فوائد التأخير بفعل احد الدائنين فتسرى بالنسبة
لكل الدائنين

(٤) اذا انقطع مضى المدة بفعل أحد الدائنين استفاد كل الدائنين ولكن
وقوف سريان المدة بسبب عدم الاهلية لا يستفيد منه إلا الدائن الذى
بسيبه وقتت المدة .

ويترتب على أن وكالة الدائن غير مطلقة ما يأتي :—

(١) لا يجوز لأحد الدائنين أن يحدد الدين أو يبرىء المدين من كل
الدين دون أجازة بقية الدائنين فإذا جدد الدين أو أبرىء المدين بقى التعهد
القديم قائماً بالنسبة لبقية الدائنين بقدر نصيبهم . ويكون التجديد أو الإبراء
صحيحاً بالنسبة لنصيب الدائن الذى أجازته .

(٢) إذا وجه الدائن اليمين الحاسمة الى المدين وحلف أن ذمته بريئة
من الدين فلا تبرأ ذمة المدين إلا بنسبة نصيب الدائن الذى وجه اليمين ولا
يمكن الاحتجاج بهذا اليمين على بقية الدائنين .

وإذا رفع أحد الدائنين دعوى على المدين وصدر الحكم لمصلحة الدائن
استفاد بقية الدائنين . ولكن ما هو الحال لو أن الحكم صدر لغير مصلحة
الدائن ؟ هل يسرى على بقية الدائنين ؟ اختلفت الآراء (أوبرى ورو
ج ٤ ص ٣٤) .

المبحث الثاني - في تضامن المدينين

١٨٠-١١٦/١٦٢-١٧٢ م

٢٢٦ - تعريف . تعهد المدينين بالتضامن أو التضامن السلبى هو الذى يعتبر كل مدين بمقتضاه ملزماً بالنسبة للدائن بكل الدين كما لو كان مديناً واحداً .

٢٢٧ - مصادر التضامن . تضامن المدينين إما أن يكون حاصلًا باتفاق العاقدين أو بحكم القانون وبعبارة أخرى التضامن إما أن يكون اتفاقياً أو قانونياً .

(١) التضامن الاتفاقى . وهو يحصل باتفاق المتعاقدين ويثبت عادة في صك التعهد . ولما كان التضامن حالة استثنائية وكان الأصل في التعهد هو تجزئته على المتعهدين لذلك يجب أن يكون التضامن صريحاً فى العقد ولا يجوز استنتاجه من التعهد أو اقراض وجوده إن لم يكن منصوصاً عنه صراحة ومعنى ذلك أن التضامن يعتبر غير موجود فى حالة الشك لأن الشك يفسر دائماً لمصلحة المتعهد (م ١٠٨/١٦٢ مدنى) .

وحكم بأنه إذا تعهد عدة أشخاص كل منهم تعهداً مستقلاً بدفع دين واحد لدائن واحد ولو كانت تلك التعهدات فى أزمنة متعاقبة كان كل المتعهدين مسئولين بذلك الدين بطريق التضامن بينهم (مصر ١٦ مايو سنة ١٩١١ ٢٧ ص ٤٥) .

وإذا تعهد عدة اشخاص ، فى أزمنة متعاقبة ، بدفع دين واحد لدائن واحد ، كان كل متعهد منهم مسئولاً عن الدين بطريق التضامن .

ولا يشترط استعمال صيغة خاصة فتكفى أية صيغة تؤدى معنى التضامن مثل التعهد بدفع الدين بأكله أو « ندفع بدون إحالة بعضنا على بعض » .
وابتات التضامن خاضع للطرق العامة للاثبات . فإذا كان التعهد بأقل

من عشرة جنهات جاز اثبات التضامن بالبدنة .

(٢) التضامن القانونى . يقضى القانون بتضامن المدينين فى أحوال كثيرة ترجع الى قاعدتين .

أولاً : يقضى القانون بالتضامن تفسيراً لنية المتعاقدين فى الأحوال الآتية
١ — الشركاء المتضامتين فى شركات التضامن والتوصية مسئولون بالتضامن عن تعهدات الشركة ولو حصل التوقيع من أحد هؤلاء الشركاء فقط بشرط أن يكون وقع باسم الشركة (م ٢٢ و ٢٣ / ٢٣ و ٢٢ تجارى) .
ب — كل من أمضى أو قبل أو ظهر كميالة أو سنداً اذنياً تجارياً يكون مسئولاً بالتضامن قبل حامل الكميالة (م ١٣٧ / ١٤٤ تجارى) .

ثانياً : يقضى القانون بتضامن المدينين جزاء لهم عن خطأ أو جريمة ارتكبوها بالاشتراك وأنه بسبب هذا الخطأ أو الجريمة يجب أن يتحمل كل فاعل أو شريك بالتعويض قبل الدائن أو المجنى عليه . وهذه الأحوال هى :
١ — المهندس المعارى والمقاول مسئولان بالتضامن عن خلل البناء مدة عشر سنين ولو كان ناشئاً عن عيب الأرض أو كان المالك أذن فى انشاء ابنية معينة بشرط أن لا يكون البناء فى هذه الحالة الأخيرة معداً فى قصد المتعاقدين لأن بمكث اقل من عشرة سنين (٤٠٩ / ٥٠٠ مدنى) .

ب — إذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد للجريمة واحدة فاعلين كانوا أو شركاء يلزمون بالتضامن بالغرامات النسبية (م ٤٤ عقوبات) مالم يقض الحكم بخلاف ذلك . ويجوز الحكم عليهم بالمصاريف متضامنين أو توزيعاً بينهم (م ٢٥٣ تحقيق جنائيات) .

ج — تقضى المادة ١٥٠ / ٢١١ م بالتضامن فى الالتزامات الناشئة عن الأحوال الآتية : —

كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر وكذلك يلزم الانسان بضرر الغير الناشئ عن اهمال من هم تحت رعايته أو

عدم الدقة والانتباه منهم أو عدم ملاحظته إياهم .
يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خضعت متى
كان واقعا منهم في حال تأدية وظائفهم .
وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستعمله بالضرر الناشئ عن الحيوان
المذكور سواء كان في حيازته أو تسرب منه (م ٩٥١ — ٢١٢/١٥٣ —
٢١٥ مدني) .

و — تقضى المادة ٤٤٩/٦٠٩ م بأن « الكفالة التي تؤخذ بالمحاكم أو بناد
على حكم تستلزم التضامن حتما مع كفالة الفوائد والمصاريف والملحقات » .
ه — لائحة الجمارك في مسائل التهريب نصت على التضامن (اللائحة
الجزرية المؤرخة ١٣ مارس ١٩٠٩ م ٣٤ و ٣٦) .

و — قانون ١٣ مارس سنة ١٨٨٤ بالنسبة لعوائد المبانى حيث تقضى
المادة ٢٦ من هذا القانون « يكون المستأجر وصاحب الملك متضامنين في
تأدية العوائد المطلوبة للحكومة لحد قيمة الأجرة المستحقة » .

وتطبيقاً لهذه القواعد قضت المحاكم بالتضامن في الأحوال الآتية :

أ — اذا استعمل عدة أشخاص بلا وجه حق عقاراً مملوكاً للغير
لمصلحتهم المشتركة (سم ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ تق ج ٢٥ ، ٢٠٨) .

ب — اذا وقعت حائط مملوك بالاشتراك وترتب على سقوطها هدم منزل
مجاور لها (سم ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ تق ١٥ ، ١١١) .

ج — اذا تواطأ عدة أشخاص على ارتكاب أمر ضار بالغير (سم ٦١
ابريل سنة ١٩٠٦ تق ١٨ ، ١٨٩) كما لو صرح بائعو عقار بأنه خال من كل
التكاليف والتسجيلات وتبين أنه مرهون (سم ١٧ مايو سنة ١٩٠٥
تق ١٧ ، ٢٧٧) .

د — اذا تعرض أكثر من واحد لأطيان وحكم عليهم بالتعويض (دمنهور
جزئي أول ابريل سنة ١٨٩٣ ج ٨ ص ٨٤) .

٢٢٨ - التضامن في المسائل التجارية . من المسائل الخلافية معروفة ما اذا كان التضامن جائزاً اقراض وجوده في المسائل التجارية أم أن قواعد القانون المدني تسرى فلا يجوز اقراض وجوده .

يرى فريق من الشراح أن التضامن يجب أن يكون مشروطاً ولا يجوز اقراضه اعتماداً على الحجج الآتية : (١) من المبادئ المقررة في القانون الفرنسى - وتبعاً المصرى - أن التضامن لا يكون إلا بنص .

(٢) ليس من المعقول أن ينص الشارع في القانون التجارى على الأحوال التى يقع فيها التضامن اذا كان قصده أن يعتبر التضامن مفروضاً وجوده في المسائل التجارية (لوران ج ١٧ رقم ٢٨٥) .

لكن معظم الشراح الفرنسيين يرى عكس ذلك استناداً على ما يأتى (١) يقضى العرف التجارى المتبع بين التجار منذ القدم وقبل وضع القانون التجارى بالتضامن في المسائل التجارية (٢) اذا لم يبطل القانون العرف فيبقى هذا العرف معمولاً به (ليون كان ج ٤ بند ٣٨ وتالير بند ١٠٥٤ وأوبرى وروج ١ بند ٢٣ ص ٧٥ وبودرى وبارد ج ٢ بند ١١٧٥ - تعهدات)

وقد تردد القضاء الفرنسى بين هذين الرأيين وفصلت محكمة النقض الفرنسية في هذا الموضوع فقضت بأن التضامن في المسائل التجارية موجود بحكم القانون (٢٠ اكتوبر سنة ١٩٢٠ . د ١٩٢٠ ، ١٠ ، ١٦١)

اما في مصر فالاحكام متناقضة فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكيم بأن التضامن في المسائل المدنية والتجارية لا يكون إلا بنص القانون او بالاتفاق (سم ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ تق ١٥ ، ١٠٦ ، ١١ و يناير سنة ١٩٢٢ تق ١٠٩ ، ٣٤) وحكم من جهة اخرى بأن التضامن مفروض وجوده في الامور التجارية (سم ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ تق ١٥ ، ٢٤٢)

٢٢٩ - في خصائص التمرد التضامنى . يتميز التمسك التضامنى بالخصائص الآتية : -

(١) وحدة موضوع التعهد وتعدد المتعهدين : يتميز التعهد التضامني بأن كل المدينين يتعهدون بشيء واحد ، ووحدة موضوع التعهد أى تطابقه لا تمنع من وجود علاقات قانونية منفصلة بين الدائن والمدينين المتضامنين فيتعهد عدة مدينين لدائن بشيء واحد ولكن تعهد كل مدين يعتبر لحد ما مستقلا عن تعهد بقية المدينين .

(٢) انفصال تعهدات المدينين . يعتبر تعهد كل مدين قائماً بذاته . يترتب على ذلك :

أولاً : تعتبر صحة التعهد بالنسبة لكل مدين على انفراد . فيجوز أن يكون تعهد أحدهم بسبب الغش أو الصغر دون أن يؤثر هذا الإعلان في التزامات بقية المدينين .

ثانياً : يجوز أن يكون تعهد أحد المدينين مضافاً الى أجل أو معلقاً على شرط بينما يكون تعهد بقية المدينين منجزاً . وفي هذا تقول المادة ١٦٥/١٠٩ مدني « يجوز للدائن أن يجمع كل مدينيه المتضامنين في مطالبتهم بدينه أو يطالبهم به منفردين ما لم يكن دين بعض المدينين المذكورين مؤجلاً لأجل معلوم أو معلقاً على شرط » . لذلك لا يشترط في التعهد التضامني أن يكون الأجل أو الشرط مشتركاً .

ثالثاً : يجوز اقالة أحد المدينين عن التعهد مع بقاء تعهد بقية المدينين فيجوز أن ينقضى أحد التعهدات مع بقاء ما عداه .

(٣) تجزئة التعهد التضامني : لا يصير التعهد بسبب التضامن غير قابل للتجزئة فهو يحتمل التجزئة بسبب وفاة المدين عن وريثة ولا يسأل الوارث عن كل الدين بل عن حصته في الدين حسب نصيبه في تركه مورثه ولا يجوز للدائن أن يطالب أحد الورثة بوفاء الدين بأكمله بل يجب عليه أن يدعوهم جميعاً لوفاء الدين من تركه مورثهم . كذلك لا تعتبر الورثة متضامنين فيما

بينهم . وإذا طوّل أحدهم بجزء من الدين فلا ينقطع سريان المدة إلا بالنسبة لهذا الجزء فقط .

والخلاصة أن التضامن عند انعقاده يمنع تجزئة الدين ولكن يجوز أن يتجزأ التعهد التضامنى بسبب أمور لاحقة له .

٢٣٠ - في آثار التضامن بين الرؤس والمدينين . يحدث التضامن أثرين الأول وهو الغرض الأصيل من التضامن منع تجزئة الدين والتزام المدين بكل الدين . والآثر الثانى نيابة كل مدين عن الآخرين .

٢٣١ - الأثر الأول الالتزام بكل الدين . يلزم كل مدين بالدين بأكمله فإذا طالب الدائن أحد المدينين بكل الدين كانت مطالبته صحيحة . والمدين المطالب بالمدين لا يجوز له أن يتمسك بحقه في تجزئة الدين *bénéfice de division* كما هو الحال عند تعدد الكفلاء (م ٥٠٤ / ٦١٥ مدنى)

جواز مطالبة المدينين على وجه التعاقب . إذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين ولم يحصل منه على كل الدين يجوز له أن يقاضى بقية المدينين بكل ما يبق من التعهد . ووفاء أحد المدينين بكل الدين هو الذى يبرئهم من التعهد (م ١٠٩ / ١٦٥ مدنى)

حرية الدائن فى الاختيار . للدائن مطلق الحرية فى اختيار المدين الذى يريد أن يطالبه بالوفاء . فكل مدين يعتبر فى نظر الدائن مديناً أصلياً (مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ج ٧ ص ٢٩٣) .

انقضاء التعهد بين الدائن وأحد المدينين . يجوز لكل مدين أن يعرض وفاء كل الدين على الدائن وبذلك يرى كل المدينين مع عدم الاخلال بحقه فى الرجوع على كل واحد منهم ، ومعلوم أن المتعهد به إذا كان عبارة عن مبلغ من النقود جاز وفاؤه من شخص أجنبى (م ٢٢٣ / ١٦٠ مدنى)

وليست هذه حالة خاصة بالتضامن . ولكن هناك طرقاً أخرى للوفاء يقتضى الحال معالجتها بأسهل وهي :

(١) المقاصة : يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة عن كل الدين اذا كان دائماً لدائته بما يكفي لا قضاء التعهد التضامنى . والوفاء بهذه الكيفية يرى " بقية المدينين بالنسبة للدائن .

(٢) تجديد التعهد . يجوز لكل مدين متضامن أن يرى بقية المدينين بأن يلتزم بدلم بالدين قبل الدائن . وذلك لأن المدين الذى يحدد التعهد بتغيير المدين لا يملك بمفرده الزام بقية المدينين بتعهد جديد دون ارادتهم . فاذا اكتفى الدائن بهذا التعهد الجديد ولم يطلب مصادقة بقية المدينين يعتبر قائماً بالتعهد الانفرادى الذى حصل عليه من هذا المدين وأنه أبرأ الباقيين .

(٣) اليمين . اذا وجه الدائن اليمين الى أحد المدينين بالتضامن وحلف أن الدائن لا يستحق شيئاً ما استفاد بقية المدينين من هذا اليمين .

الايراء من الدين . اذا استطاع أحد المدينين أن يحمل الدائن على الايراء من كل الدين ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك، بشرط أن يكون الايراء صريحاً وعاماً لجميع المدينين . ولكن اذا كان الايراء جزئياً خاصاً بأحد المدينين فالدين ينقضى بقدر هذا الجزء ويجوز للدائن مطالبة الدائنين بالباقي فقط (م ١١٤ و ١٨٢ / ١٧٠ و ٢٤٥ مدنى) .

٢٢٢ — الاثر التالى نيابة كل مدين عن بقية المدينين : ينتج التضامن بالنسبة لعلاقات الدائن مع المدين أثاراً ثانوية لا يمكن أن يقال بأنها نتيجة تحمل كل مدين بكل الدين ولكن يقال بأن هناك نيابة متبادلة بين المدينين من مقتضاها أن كل عمل يصدر من أحد المدينين فى مصلحتهم أو ضد مصلحتهم يسرى على كل المدينين كما لو كان صادراً منهم . من أجل ذلك قال القانون " يعتبر المتعهدون . . . وكلاء عن بعضهم بعضاً فى وفاء المتعهد به " .

(١٠٨/١٦٣ مدنى) يترتب على ذلك ما يأتى :-

١ — انقطاع المدة : انقطاع المدة الحاصل بفعل الدائن بالنسبة لأحد

المدينين المتضامنين يسرى على كل المدينين (م ١١٠/١٦٦ مدنى) .

٢ — ثبوت تقصير أحد المدينين المتضامنين . اذا أثبت الدائن تقصير

أحد المدينين سرى ذلك بالنسبة لبقية المدينين (م ١١٠/١٦٦ مدنى) .

فإذا كان موضوع التعهد شيئاً معيناً وهلك ولم يعد فى الاستطاعة تسليمه

لسبب قوة قاهرة وقعت بعد ثبوت التقصير فلا تبرا ذمة كل المدينين من

مسئوليتهم التضامنية بدفع قيمة موضوع التعهد لأن كل المدينين يعتبرون فى

حالة تقصير بسبب نيابة كل واحد منهم عن الباقين وكذلك الحال بالنسبة

للقوائد القانونية .

٣ — الخطأ . اذا ارتكب أحد المدينين خطأ هلك بسببه موضوع التعهد

التزم كل المدينين بدفع قيمته الى الدائن على وجه التضامن . ولكن المدين

الذى وقع منه الخطأ يتحمل بمفرده بالتعويض ، أما بقية المدينين فلا يلتزمون

مع المدين بالتعويض ولا يتحملون شيئاً منه لأنهم لم يوكولو لمضاررتهم ولا أنه

لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما

التزم به باقى المدينين (م ١١١/١٦٨ مدنى) ولا شك فى أن التزامهم

بالتعويض يعتبر زيادة فى التزامهم .

٤ — الشرط الجزائى . اذا قدر مبلغ التعويض فى العقد فيعتبر جزءاً من

التعهد يلتزم بوفائه على وجه التضامن كل المدينين حتى من لم يكن مقصراً

منهم . وذلك لأن الشرط الجزئى يعتبر تابعاً للتعهد الاصلى فى حالة عدم

وفائه . والمبلغ المقدر واجب بالتضامن على المدينين عند تحقق الشرط أى عدم

نفاذ التعهد .

٥ — الحكم . اذا أقام الدائن دعوى على أحد المدينين المتضامنين وحكم

على المدين جاز للدائن أن يتمسك بالحكم ضد كل المدينين حتى بالنسبة

لمن لم يكن خصماً في الدعوى وقد أخذ القضاة الفرقتى بهذه القاعدة الا اذا كان لأحد المدينين دفع شخصي فلا يكون الحكم حجة عليه أو اذا كان الحكم نتيجة تواطؤ بين الدائن والمدين أو اذا أهمل المدين التمسك بدفع يري كل المدينين كالتقدم انما لا يسرى الحكم على باقي المدينين اذا كان من شأنه أن يزيد التزام المدينين (نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨١ وأول ديسمبر سنة ١٨٨٥ وعكس ذلك أوبري وروج ٤ بند ٢٩٨ ولوران ج ٢٠ بند ١٢٠).

٦ - الاستئناف . اذا أقام الدائن دعوى على كل المدينين المتضامتين وحكم عليهم فالاستئناف المرفوع من أحدهم يستفيد منه الباقون فيما لورفع أحدهم استئنافا بعد الميعاد المحدد للاستئناف . وذهبت محكمة نبي سوف الى أن المدينين المتضامين يستفيدون من الاستئناف الحاصل من أحدهم ولو لم يستأنفوا (نبي سوف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ بمجموعة رسمية ج ١٢ ص ٢٣٩)
٧ . الصلح . وهو عقد ينهى نزاعاً بين متخاصمين بأن يتنازل كل فريق منهم عن جزء من حقه . فاذا تصالح أحد المدينين مع الدائن فلا يسرى الصلح على باقي المدينين المتضامين (٥٣٨ م / ٦٦٠ مدني) كما أنهم لا يستطيعون أن يخرجوا به على الدائن . انما يجوز للدائن المتصالح أن يتفق مع الدائن على أن يستفيد من الصلح باقي المدينين .

٢٣٣ - في أوجه الدفع الجائر التمسك بها في مواجهة الدائمه . تقضى المادة ١١٢ / ١٦٨ مدني بأن لكل من المدينين المتضامين الحق في التمسك بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجمعهم .

٢٣٤ - في أوجه الدفع العامة . وهي التي يجوز لكل مدين ان يتمسك بها في مواجهة الدائن مثل :

(١) أسباب البطلان التي تؤثر في التعهد بالنسبة لكل من المدينين . والبطلان إما أن يكون مطلقاً وهو ما كان متعلقاً بطبيعة التعهد كما لو كان

موضوعه أمراً محرماً أو مشروطاً لصحته إجراءات خاصة . وإما أن يكون البطلان نسبياً كما لو كان نتيجة غش أو إكراه المدينين كلهم .

(٢) إذا كان التعهد مقترناً بشرط موقف أو مضافاً الى أجل فلا يجوز الدائن مطالبة أحد المدينين قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل

(٣) أسباب الانقضاء التي يتقضى بها الدين أو الإبراء العام من الدين أو المقاصة الحاصلة عن الدين بين الدائنين وأحد المدينين أو هلاك موضوع التعهد أو سقوط الحق بمضى المدة أو تحقق شرط فاسخ للتعهد .

٢٣٥ - في أوجه الرفع الخاصة : وهي التي تتعلق بشخص المدين ولا تتعدى الى غيره مثل :

(١) أسباب الفساد annulabilité كالكراه والتدليس والغلط وعدم الأهلية الخاصة بواحد أو أكثر من المدينين

(٢) تعليق التعهد على شرط أو إقراره بأجل بالنسبة لواحد أو أكثر من المدينين .

(٣) أسباب الانقضاء الخاصة بأحد المدينين كالأبراء الجزئي الخاص بتصفيه في الدين .

٢٣٦ - في الآثار المترتبة على أوجه الرفع الخاصة . يستطيع المدين الذي لديه وجباً لدفع دعوى الدائن أن يتمسك به في مواجهة الدائن ويكون في مأمن من مطالبة الدائن . ولكن هل يستطيع بقية المدينين التمسك بهذا الدفع باسم المدين ؟ مثلاً ثلاثة مدينين بالتضامن بمبلغ ١٠٠٠ ج.م. ولا أحدهم دفع يبرته فهل ينزل تعهد الباقيين الى ٣٣٣ ج.م. ؟ للإجابة على ذلك يجب التفرقة بين الدفع الشخصي التي لا يستفيد منها باقي المدينين والدفع الشخصية التي يستفيدون منها بصفة جزئية .

(١) الدفوع الشخصية التي يستفيد منها جزئياً باقي المدينين .

(ا) ابراء أحد المدينين من حصته في الدين . إذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك بقدر حصة من حصل ابراء ذمته (م ١١٤ / ١٧٠ و ١٨٢ / ٢٤٥ مدني) .

(ب) اتحاد الذمة . إذا توفي أحد المدينين المتضامنين وانحصر الميراث في الدائن فلا ينقضى الدين إلا بقدر ما يخص مورثه من الدين . وتقول المادة ١١٣ / ١٦٩ . وإذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفتي دائن ومدين في آن واحد بدين واحد جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التي تخص شريكهم في الدين ، وتقول المادة ٢٠٣ / ٢٦٧ . اتحاد الذمة . . . لا يخلى المدينين المتضامنين الا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من الدين ، فإذا طالب الدائن أحد المدينين بكل الدين جاز له التمسك باتحاد الذمة بقدر الحصة التي تخص شريكهم في الدين

(٢) أوجه الدفع الشخصية البchte . وهي التي لا يستفيد منها غير من تعلقت بشخصه وهي كثيرة تشمل الشروط والآجال وأسباب البطلان الخاصة بأحد المدينين وبعض أسباب انقضاء التعهدات . فإذا كان التزام أحد المدينين مقترناً بشرط أو أجل جاز للدين أن يدفع بهذا الدفع في مواجهة باقي المدينين المتضامنين فضلاً عن الدائن . وإذا كان التزامه معيياً بسبب عدم أهليته أو لعب في الرضا جاز أن يحتج بهذا الدفع على الدائن وعلى باقي المدينين المتضامنين . وينتج من ذلك أن الدائن يفقد أحد المدينين ويبقى التعهد نافذاً بتمامه بالنسبة لباقي المدينين الذين لم يشب تعاقدهم أى عيب فكل واحد منهم التزم التزاماً صحيحاً

وقد اعتبر القانون وجه الدفع المبني على المقاصة من أوجه الدفع الشخصية التي لا يجوز لكل المدينين التمسك بها في مواجهة الدائن مع ان المقاصة كما هو معلوم طريقة من طرق انقضاء التعهدات معادلة للوفاء . لكن المشرع

رأى أن لا يعتبر المقاصة في حالة تعدد المدينين المتضامنين معادلة للوفاء
ولتفصيل ذلك نقول :

عالج المشرع وجه الدفع المبني على المقاصة في المادة ١١٣/١٦٩ م فقال
« لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم في الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة
لغيره من المدينين مع الدائن » والسبب الذي من أجله منح القانون المدينين
من التمسك بالمقاصة الحاصلة لأحدهم هو رغبته في حماية المدين المتضامن من
الدعاوى التي تقام من باقي المدينين بوجود دين لشريكهم في ذمة الدائن
ومحاولتهم اثبات استجماع هذا الدين لشروط المقاصة والبحث والتنقيب في
شئون هذا الدين . ويمكن القول بأنه إذا أجزى لباقي المدينين التمسك بهذا
الدفع لاستلزم ذلك التصريح لهم بالاطلاع على دفاتر وأوراق المدين للتحقق
من وجود المدين ومن مقداره . وقد علل أوبري ورو (ج ٤ . ص ٤٠)
هذا الحظر فقالا « إذا أجزى للمدينين المتضامنين التمسك بالمقاصة الحاصلة له
لاضطر هذا الأخير رغم ارادته وبدون فعل الدائن لاعتبارهم مدينين له
(أى للمدين المتضامن) بالقدر الذي له الحق في أن يرجع به عليهم وقد
يضطر الى مقاضاتهم مع انه لا يجوز أن يملك أحد المدينين وضع مدين
متضامن معه في مثل هذا المركز »^(١)

فإذا كان سبب المنع من التمسك بالمقاصة هو عدم الزام المدين الحاصلة
له المقاصة بالرجوع على باقي المدينين بما يزيد على حصته في الدين فقد يكون
من المعقول أن نصرح للمدينين المتضامنين أن يتمسكوا بالمقاصة في مواجهة
الدائن بقدر حصة المدين الحاصلة له المقاصة في الدين . وهذا هو ما قضت به
المادة ٢٩١/٢٦٥ حيث قالت « ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن
يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقي المدينين إلا بقدر حصتهم في الدين » مثال

(١) المادة ٥٠٩/٦٢٢ تجيز للكفيل التمسك بالمقاصة الحاصلة للكفول والسبب في ذلك
أن الكفول لا يرجع في حالة انقضاء الدين على الكفيل بقىء

ذلك : احمد وبكر وزيد اقرضوا على وجه التضامن ٣٠٠ جنيه من خالد ثم أصبح بكر دائناً لخالد بمبلغ ٣٠٠ جنيه . فاذا رفع خالد دعوى على زيد يطالبه بكل المبلغ فلا يجوز لزيد ان يتمسك بالمقاصة الحاصلة لبكر عن كل الدين بل يتمسك فقط بالمقاصة عن نصيب بكر في الدين أى ١٠٠ جنيه . والخلاصة أنه يجب قراءة المادتين ١١٣ و ٢١٠ سوياً أى أن المادة ٢١١ تعتبر مكملة للمادة ١١٣ .

ويعتبر من ضمن الدفع الشخصية التى لا يجوز للدينين المتضامنين التمسك بها افلاس أحدهم وتصلحه مع الدائن اذا اشتمل الصلح على ابراء جزئى من الدين . وللدائن الحق في مطالبة شركاء المدين في الدين بتمامه (٣٥٩/٣٤٩ تجارى) .

٢٣٧ - في عهودات المدينين المتضامنين فيما بينهم . اذا كان كل المدينين المتضامنين ملزمين بدفع كل الدين فليس معنى ذلك أن الدين لا يجوز فيما بينهم في حالة قيام واحد منهم بالوفاء ، فالدين يقسم بين المدينين بالتساوي إلا اذا (١) تعين نصيب كل مدين في العقد (٢) او تبين ان مصلحة المدينين غير متساوية (٣) او اذا كان أحد المدينين غير ملزم بشئ ما في الدين . ويكون المدين في هذه الحالة في علاقته مع باقى المدينين كالكفيل .

في رجوع المدين الموفى . المدين الذى أوفى بأكثر من حصته في الدين له حق الرجوع بالقدر الزائد على حصته على باقى المدينين . ويرجع المدين الموفى :

(١) بصفته وكيلًا او فضولياً . فيرجع بصفته وكيلًا اذا كان التضامن نتيجة عقد اختياري مشروع (م ١٠٨ / ١٦٤ مدنى) ويرجع بصفته فضولياً في جميع الأحوال الأخر وسواء رجع الموفى بصفته وكيلًا او فضولياً فالقواعد واحدة في كلتا الحالتين فيجوز له ان يطلب بما يزيد على حصته في الدين من اصل وفوائد ومصاريف ويجوز له ان يطالب بالفوائد ولو كانت

غير مشترطة او غير واجبة (م ٥٢٦/٦٤٧ مدنى) .

(٢) واما ان يرجع الموفى بصفته حالا محل الدائن (١٦٢/٢٢٥ مدنى) وتنتقل اليه التأمينات التى كانت للدين الاصلى . وبسبب التأمينات يكون للدين الموفى مصلحة فى الرجوع بصفته حالا ليستفيد من هذه التأمينات عند اللزوم . اما رجوعه بصفته وكىلا او فضوليا فلا يمكنه من الاستفادة منها . ولكن اذا كان التعهد خالياً من الفوائد فالحلول لا يبيح للدين الموفى الذى حل محل الدائن المطالبة بالفوائد إلا من يوم المطالبة الرسمية فى حين انه لو طالب بصفته وكىلا لاستحق الفوائد من يوم دفعها (م ٥٢٦/٦٤٧ مدنى) .

فى تجزئة الرجوع . وسواء طالب المدين الموفى بصفته وكىلا او فضولياً ام حالا فهو لا يستطيع مطالبة كل واحد من المدينين إلا بقدر حصته التى يجب ان يتحملها فى النهاية (م ١١٥/١٧١ مدنى) .

وقصر حق الرجوع على نصيب كل مدين سهل الادراك اذا طالب المدين بصفته وكىلا او فضولياً لأن نيابته عن المدينين اوقيامه بعمل يجب ان لا يحملهم اكثر من القدر الذى التزم به كل واحد منهم فى الدين لذلك لا يكون رجوعه عليهم إلا بمقدار ما تعهدوا به فى الدين .

وقد يبدو اول وهلة ان المدين الذى يطالب بصفته حالا يستطيع بهذه الصفة ان يقهر من يختاره من المدينين على دفع كل الدين عملاً بقواعد الحلول التى تعطى للحال كل الدعاوى والحقوق الخاصة بالدين الاصلى وان يكون للدين الذى يرجع عليه الحق فى الرجوع على مدين آخر وهكذا دواليك فتتسأ سلسلة من دعاوى الرجوع تطول بتعدد المدينين المتضامنين وقد رأى القانون ان يضع حداً لهذه الحالة فألزم المدين الموفى من اول وهلة بتجزئة مطالبته للمدينين كل بقدر حصته فى الدين لذلك يعتبر حلول المدين المتضامن محل الدائن حلاً ناقصاً لانه يحرمه من المطالبة على وجه التضامن .

في توزيع حصة المدين المعسر . إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين وزعت حصته على جميع المورسين . ويحصل التوزيع بنسبة حصة كل مدين في الدين (م ١١٥ / ١٧١ مدني) لا بعدد الرؤوس .

٢٣٨ - في إسقاط التضامن . يجوز للدائن أن يتنازل عن التضامن ويصبح الدين مجزأ بين المدينين ويفقد الدائن الفائدة من التضامن . الإسقاط الجزئي . يجوز أن يتنازل الدائن عن التضامن بالنسبة لبعض المدينين وفي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يطالب المدينين الذين أسقط عنهم التضامن إلا بمقدار نصيبهم في الدين ولكن يجوز له مطالبة الباقي بكل الدين على وجه التضامن . أما إذا استوفى الدائن نصيب المدين الذي أسقط عنه التضامن فلا يجوز له مطالبة باقي المدينين إلا بقدر الباقي من الدين بعد خصم نصيب من أوفى .

في مسئولية من أسقط عنه التضامن في حالة إعسار أحد المدينين . يتحمل المدين الذي أسقط عنه التضامن نصيبه في حصة المدين المعسر والسبب في ذلك هو أن إبراء أحد المدينين من التضامن لا يصح أن يترتب عليه الإضرار بباقي المدينين وأن يزيد في مسئوليتهم (أوبري وروج ٤ ص ٥٣ ، وبلانيول ج ٢ بند ٧٧٥) . ويساعد على هذا الرأي ما قضت به المادة ١٨٣ / ٢٤٦ مدني من أنه لا يجوز لباقي الشركاء المتضامنين في الدين أن يطالبوا بشركهم الحاصل له الإبراء إلا بقدر ما يخصه من حصة الشركاء المعسرين إذا اقتضت الحال ذلك ، فإذا كان القانون يلزم المدين الذي أبرى من حصته في الدين بأن يتحمل جزءاً من حصة المعسر فالمدين الذي أبرى فقط من التضامن يلتزم من باب أولى *a fortiori* بمجزء من حصة المعسر في الدين .

وهناك رأي آخر من مقتضاه أن المدين الذي أبرى من التضامن لا يسأل إلا عن حصته في الدين ولا يجوز حرمانه من هذه الحالة الجديدة والزامه

يجزء من الدين بسبب اعسار احد المدينين (لارو، بيرج ٣ تعليقات على المادة ١٢١٥) ونحن نميل الى تفضيل الرأى الاول .

٢٣٩ — **فى الإسقاط الضمنى من التضامن** . القاعدة أن الاسقاط من التضامن يجب أن يكون صريحاً فلا يؤخذ بالظن . لكن الاسقاط قد يستنتج ضمناً فى ثلاث حالات :

(١) اذا قبل الدائن من أحد المدينين المتضامين حصته فى الدين وأعطاه ايضالا ذكر فيه أنه قبض حصة هذا المدين فى الدين (اوبرى وروج ٤ ص ٥٤ وبلانيول بند ٨٧٦) فاذا أراد الدائن أن يحتفظ بتضامن هذا المدين وجب عليه أن يذكر فى المخالصة « دون اخلال بما لى من الحقوق » أو « دون اخلال بشرط التضامن » أو أية عبارة أخرى تفيد احتفاظه بالتضامن (٢) اذا أقام الدائن على المدين دعوى بحصته فقط فى الدين فدفعها او حكم بها على المدين . على ان مجرد المطالبة المجزأة لا يفيد اسقاط التضامن اذ أفصح الدائن عن ارادته قبل قبوله الدفع او صدور الحكم واحتفظ بشرط التضامن .

(٣) اذا استمر الدائن على قبض نصيب احد المدينين فى القسط والأرباح مدة خمس عشرة سنة دون ان يحتفظ بحقه التضامنى فى المخالصة التى يعطيها اليه .

وفى كل هذه الحالات احتفاظ الدائن بحقوقه يمنع سقوط حقه فى التضامن ، فاذا لم يحتفظ بحقوقه اعتبر متازلاً عن التضامن بالنسبة للمدين الذى تعامل معه لكن حقوقه تبقى كاملة بالنسبة لباقى المدينين .

الفصل الثالث - التعهدات غير المنقسمة

٢٤٠ - تعريف . التعهد غير المنقسم هو الذى يستحيل على المدين تنفيذه مجزأ لعدم قابلية موضوعه للتجزئة . فإذا كان موضوع التعهد قابلاً للتجزئة اعتبر التعهد منقسماً .

٢٤١ - فائدة التفرقة بين التعهد المنقسم والتعهد غير المنقسم . لا تظهر فائدة هذه التفرقة إلا فى حالة تعدد الدائنين أو المدينين أو الاثنين معاً لأنه إذا كان الدائن أو المدين واحداً فيجب تنفيذ التعهد كما لو كان غير منقسم فللدائن أن يطلب من المدين تنفيذ كل التعهد وله أن يرفض الوفاء المجزأ . بعكس الحال إذا تعدد الدائنون أو المدينون فإنه إذا كان التعهد قابلاً للتجزئة تعدد حق المطالبة أو المديونية بقدر عدد الدائنين أو المدينين . وإذا كان التعهد غير قابل للتجزئة كان كل دائن دائماً بكل الحق وكل مدين مديناً بكل الدين ولكن إذا أوفى أحد المدينين بكل التعهد انقضى التعهد . ويشبه عدم قابلية موضوع التعهد للتجزئة التضامن فى هذا الوجه ولكن عدم قابلية موضوع التعهد للتجزئة تفضل التضامن من حيث أن ورثة المدين فى الحالة الأولى لا يمكنهم تجزئة موضوع التعهد وفى الحالة الثانية يتجزأ التعهد التضامى فيما بينهم .

٢٤٢ - أسباب حرمة تجزئة موضوع التعهد . يكون موضوع التعهد غير قابل للتجزئة إما لسبب يرجع إلى طبيعة موضوع التعهد أو بناء على غرض المتعاقدين . وبعبارة أخرى عدم التجزئة إما أن يكون طبيعياً أو اتفاقياً فى عدم التجزئة الطبيعى : إذا كان التعهد خاصاً بنقل ملكية أو كان حقاً عينياً فهو يقبل القسمة عادة ولو كان موضوعه غير قابل للقسمة . فيبيع منزل أو حصان يقضى على كل مالك بنقل حقه الشائع فى موضوع البيع ، النصف

أو الربع مثلاً . ولكن هناك نوعين من الحقوق العينية لا يقبلان القسمة وهما حقوق الارتفاق والرهن . فإذا تقرر لعقار حق المرور على عقار آخر بقي هذا الحق غير قابل للقسمة حتى ولو تعدد فيما بعد ملاك العقار الذي تقرر لمصلحته حق المرور أى أن كل مالك يكون له الحق في المرور في العقار المقرر عليه حق الارتفاق . وإذا رهن عقار ظل الرهن كلاً غير قابل للقسمة ولو تعدد ملاك العقار المرهون . وكل جزء من العقار المرهون يضمن كل الدين فإذا توفى شخص عن جملة عقارات بعضها مرهون وعن جملة ورثة ووقعت العقارات المرهونة في نصيب أحد الورثة فلا يمكنه أن يطهر هذه العقارات بما عليها من الرهن إلا إذا دفع كل دين الرهن . وإذا رهن جملة عقارات عن دين واحد جاز للدائن المرتهن أن يقتضى كل دينه من عقار واحد أى أن يبيعه بمفرده بالمراد الجبرى وفاء لكل دينه .

وتكثر حالات عدم قابلية موضوع التعهد للقسمة في التعهدات الخاصة بفعل أمر أو بالامتناع عن أمر مثلاً :

تعهدُ البائعين بتسليم المبيع الى المشتري هو تعهد لا يقبل القسمة إذا كان موضوع البيع شيئاً غير قابل للقسمة فإذا كان المبيع حصاناً مثلاً فظاهر إنه لا يمكن تجزئة التسليم وعلى ذلك يجوز للبشترى أن يطلب من أحد البائعين أن يسلمه الحصان كذلك الحال فيما يختص بدعوى ضمان المبيع يجوز للبشترى أن يطلب من أحد البائعين منع التعرض القانوني الحاصل من الغير (م ٣٠٠ / ٣٧٤) . كذلك يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الارتفاع بالعين المؤجرة وهذا التعهد غير قابل للقسمة . والتعهد بأقامة منزل هو أيضاً تعهد غير قابل للقسمة ولو أن تنفيذ هذا التعهد يقتضى أعمالاً منفصلة عن بعضها من بناء ونجارة ونقش الخ إلا أن التعاقد بأقامة المنزل لا يعتبر أنه نفذ إلا إذا عملت كل هذه الأعمال .

والتعهد بالامتناع عن عمل شيء يكون دائماً غير قابل للقسمة . مثلاً إذا

باع عدة أشخاص مخلا تجاريا وتعهدوا بعدم فتح محل مماثل له في نفس المدينة
فهذا التعهد غير قابل للتجزئة بالنسبة لكل واحد من البائعين .

في عدم التجزئة الاتفاق : يعتبر التعهد غير منقسم بالاتفاق اذا كان
موضوعه قابلا للقسمة من كل الوجوه ولكن المتعهدين قصدوا أن يحصل
الوفاء كما لو كان غير قابل للقسمة . والاتفاق اما أن يكون صريحا أو ضميا .
فيكون صريحا : اذا اشترط عند التعاقد . وعدم الانقسام يقوى ضمان الدائن

خصوصا اذا كان التعهد تضاميا *Solidairement et indivisiblement*
وأسهم الشركات التجارية تعتبر أجزاء من رأس مال الشركة غير قابلة
للقسمة فالسهم وكذلك السند (obligation) لا يمكن قسمته بين ورثة حائز
السهم أو السند .

ويكون ضميا : اذا استنتج من ظرف خاص كالغرض الذي يقصده
المتعهدون من التعاقد كما لو اشترى شخص قطعة أرض لاقامة بناء لغرض
خاص (مصنع ، ملعب ، مدرسة) بحجم معين . فهنا تعهد البائعين غير قابل
للقسمة ولولم يذكر ذلك صراحة في التعاقد لاحتياج المشتري الى كل الأرض ،
وتسليم جزء منها يفوت عليه الفائدة المرجوة . كذلك تقادم حق التأليف اذا
اشترك في التأليف عدة أشخاص لا يبدأ سريانه الا من تاريخ وفاة آخر
مؤلف من الأحياء : محكمة النقض الفرنسية ١١ ابريل سنة ١٩٢٥)

٢٤٣ — في الآثار المترتبة على عدم الانقسام في حالة تعدد المدينين .
بما أن موضوع التعهد غير قابل للتجزئة فيجب على المدينين أن ينفذوا
ما التزموا به مرة واحدة . لذلك يجوز مطالبة أى مدين بكل الدين (١١٦م /
١٨٢) وليس له أن يطلب تجزئة الدين . واذا قام المدين بالوفاء جاز له
الرجوع على بقية المدينين بنصيب كل واحد منهم في الدين . واذا رغب الدائن
الدعوى على احد المدينين جاز له أن يطلب التأجيل لادخال بقية المدينين
في الخصومة بصفتهم ضمان له (مادة ١٤٦ / ١٥٦ مراعات) كل بقدر نصيبه

وإذا انقطع سريان المدة بالنسبة لأحد المدينين فلا يسرى على الباقيين بعكس الحال في التضامن حيث يعتبر كل مدين نائباً عن الآخر . وإثبات تقصير أحد المدينين لا يسرى على الباقيين . وإذا كان التعهد مصحوباً بشرط جزائي فعدم الوفاء بالتعهد يلزم المتسبب بالجزاء أما باقي المدينين فلا يلتزمون إلا بقدر حصتهم في الدين . والاستئناف المرفوع في الميعاد القانوني من أحد المدينين لا يستفيد منه باقي المدينين لانعدام فكرة الوكالة في التعهدات الغير المنقسمة . ولكن القضاء الفرنسي سار على خلاف ذلك مستنداً على أن اتحاد الموضوع والسبب من شأنها أن يجعلاً التفرقة بين المدينين عسيرة وأن حق كل المدينين واحد فالكل يستفيد من نتيجة الاستئناف المرفوع من أحدهم وعلى أن النزاع بالنسبة للمدينين لا يحتمل إلا حلاً واحداً (١٤ نوفمبر ١٩٠٨ ، ١٠ ، ٩٣ ، ٣٥٧ ، ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ ، ١٠ ، ١٩١٣ ، ١٠ ، ٨٩) .

٢٤٤ — في الدائر المترتبة على عدم الانقسام في حالة تعدد الدائنين . عدم الانقسام الطبيعي هو الذي يمنع تجزئة المطالبة بالتعهد . أما عدم الانقسام الاتفاقى فهو يمنع فقط تجزئة الدين بالنسبة للمدينين ولكنه لا يمنع الدائنين من تجزئة المطالبة . والسبب هو أن عدم الانقسام الطبيعي يمنع بطبيعته من المطالبة المتجزئة . أما عدم الانقسام الاتفاقى فلأن موضوع التعهد بطبيعته لا يمنع من التجزئة . وإذا كان عدم الانقسام مشروطاً لمصلحة الدائنين جاز لأحدهم التنازل عنه . وعلى كل فللدائن أن يطلب الوفاء بكل التعهد . وانقطاع سريان المدة بفعل أحد الدائنين يفيد باقى الدائنين ووقوف سريان المدة لسبب خاص بأحد الدائنين ، إذا كان قاصراً أو محجوراً عليه لسفه ، يوقف المدة بالنسبة لكل الدائنين بسبب عدم تجزئة التعهد . ولكن لا يجوز لأحد الدائنين أن يرى المدين من التعهد اضراً بباقى الدائنين . ولا يجوز له أن يقبل الوفاء بشئ غير المتفق عليه كنفوذ بدلا من الشئ المتفق عليه

٢٤٥ — في الفرق بين عدم الانقسام والتضامن . عدم الانقسام

والتضامن متشابهان في منع تجزئة التعهد فكل مدين ملزم بكل التعهد ولكن هناك فروقاً كثيرة وهي :

(١) اختلاف السبب : التضامن هو نوع من أنواع التأمينات ويكون بالاتفاق أو بحكم القانون . أما عدم الانقسام فهو عقبة طبيعية تمنع تجزئة الدين . فالتضامن ينشأ بإرادة المتعاقدين أو بحكم القانون أما عدم الانقسام فهو ينشأ من طبيعة الأشياء .

(٢) تنقضي حالة عدم الانقسام اذا استحال التعهد ، لأى سبب من الأسباب ، الى تعريضات . وذلك لأن موضوع التعهد هو الذى يمنع التجزئة فاذا صار المتعهد به مبلغاً من النقود فلا مانع من التجزئة . أما التضامن فهو يجعل كل مدين ملتزماً إما بقيمة موضوع التعهد في حالة الهلاك وإما بالتضامينات الاضافية الناشئة من الشرط الجزائى

(٣) التضامن لا يمنع تجزئة الدين بين ورثة المدين المتضامن اذا كان له تركة . أما عدم الانقسام فهو عقبة كژود تحول دون التجزئة فلا يستطيع الدائن أن يطالب أحد المدينين بالوفاء الجزئى

البَابُ السَّابِعُ

فى مصادر التعهدات

٢٤٦ - تعريف . اقترضنا حتى الآن ان التعهد موجود ودرسنا ما يترتب على التعهد . ولكننا لم ندرس كيفية وجود التعهد وكيف يصبح الانسان مديناً او دائئاً وبعبارة اخرى ماهى مصادر التعهدات .

مصدر التعهد هو الفعل أو الأمر الذى ينتج التعهد . فيقال بأن مصدر تعهد معين عقد بيع أو قرض أو ايجار . ويقال بأن مصدر تعهد آخر جريمة اذا كان ناتجاً عن ضرر ناشئ عن قذف أو إحداث جروح أو وضع نار الخ .

٢٤٧ - فى مصادر التهميات . يعتبر القانون المصرى مصادر التعهدات الاتفاق أو الفعل أو القانون وفى هذا تقول المادة ١٤٦/٩٣ ، والتعهدات اما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون ، والحقيقة أن مصادر التعهدات هما الاتفاق أو القانون .

وقد اعتاد الفقهاء منذ عهد الرومان أن يعتبروا مصادر التعهدات

(١) العقد (٢) شبه العقد (٣) الجريمة

(٤) شبه الجريمة (٥) القانون .

الفصل الأول

في العقود

عموميات

٢٤٨ — في تعريف العقد : لم يعرف القانون المصرى العقد . ويمكن تعريفه بأنه توافق ارادتين أو أكثر على انشاء أو تغيير أو انقضاء علاقة قانونية

٢٤٩ — في صرية التعاقد . توافق الارادات أو الرضا هو ركن جوهرى للتعاقد ولو أنه لا يكفي بمفرده أحيانا لتكوين العقد ويجب أن يكون شاملا لكل موضوع العقد وصادراً من كل العاقدين . والرضا هو الذى يحدد الآثار القانونية المترتبة على العلاقة القانونية القائمة بين المتعاقدين ، والمتعاقدون لهم مطلق الحرية فى تقرير الحقوق والواجبات الناشئة بينهم ، وإرادة الأفراد تضع ما تشاء من القواعد ولا يقيد المشرع هذه الحرية إلا فى حالات خاصة تمس المصلحة العامة أو النظام العام لحماية حقوق عديمى الأهلية إلا أنه يجب أن لا نغالى فى مدى حرية التعاقد . فقد تكون هذه الحرية أحيانا صورية . ففى كثير من العقود يكتفى المتعاقدون بذكر الأثر الجوهري الذى يترتب على التعاقد ويفعلون التعرض للآثار القانونية التى تنتج فيما بعد من التعاقد . وهنا تبدو مائلة للعيان القواعد القانونية التى وضعها المشرع لتفسير وتكملة نية المتعاقدين ولما كانت هذه القواعد ثمرة تجارب الأجيال الغابرة فهى تنطبق فى الغالب على الأحوال التعاقدية التى وضعت خصيصاً لها حتى أن المتعاقدين إذا قصدوا بيان كل النتائج المترتبة على التعاقد يدونون هذه القواعد فى عقودهم .

كذلك تقتضى طبيعة التعاقد وجود اردات مستقلة ومتكافئة تساوم وتناقش شروط الاتفاق بحرية تامة. وهذه حالة يندر تحقيقها عملاً، إذ الغالب أن يكون أحد طرفي التعاقد أقوى من الوجهة الاقتصادية من الطرف الآخر. والطرف القوى هو الذى يملئ ارادته أى يضع قانون التعاقد. فالطرف القوى فى عقد القرض هو المقرض وفى عقد البيع هو المشتري.

ويبلغ أحياناً عدم التكافؤ الاقتصادى بين المتعاقدين درجة تنعدم معها حرية أحدهما. مثال ذلك: رب العمل هو الذى يضع شروط العمل ويحدد الأجرة وفى عقد التأمين يخضع المستأمن للشروط المطبوعة فى العقد وكذلك الحال بالنسبة لشركات النقل والماء والنور بالنسبة للمشاركين والشركات التجارية والجمعيات بالنسبة للأعضاء. فالذى يحدد علاقات الشركاء والأعضاء بالشخص المعنوى (الشركة أو الجمعية) هو قانونه النظامى وكل من ينضم الى هذه الجماعة يلتزم بقبول شروطها. وتسمى العقود التى من هذا القبيل «عقود الانضمام أو التلاحق Contrats d'adhesion»^(١) للدلالة على انعدام ارادة أضعف المتعاقدين وأنه يلحق بإرادة غيره. ومن أجل ذلك أنكر البعض^(٢) على هذه الأعمال صفة العقود لأن العقد يتميز باستقلال المتعاقدين وقدرتهم على مناقشة شروط العلاقة القانونية المزمع تكوينها. وقد يكون هذا الاعتراض صحيحاً فى الواقع ولكنه غير صحيح من الوجهة القانونية ذلك لأن من يقبل الشروط المعروضة عليه يملك رفضها. فهو حر فى القبول أو فى الرفض فإذا قبلها اعتبر رضاؤه صحيحاً. لذلك تعتبر عقوداً صحيحة. والقائلون بعدم اعتبارها عقوداً يقصدون تجريد الطرف القوى الذى أملى

(١) ويقابلها عقود المساومة الحرة Contrats de gré à gré

(٢) Duguit. Traité de droit Constitutionnel 3^{me} édition L.1.p.371

حيث اعتبرها تصرفات من جانب واحد acte unilatéral وأنظر فى مجلة القانون المدنى سنة

١٩١٠ ص ١٥٠٣ مقالة Debreux عن عقود الانضمام Rev. Trim. de Dr. Civil

هذه الشروط من حق تحديد آثارها واعطاء هذا الحق الى المحاكم لتحديد مدلولها على حد المساواة *ex aequo et bono* بين المتعاقدين وقد يكون من الخطر منح للقضاة هذه السلطة ويحسن أن يعهد الى المشرع تنظيم عقود التلاحق حتى لا يتمكن الطرف القوى من ارهاق الطرف الضعيف وحتى لا يكون للقوى حظ الاسد . وهو ما فعله المشرع المصرى بالنسبة لشركات المساهمة حيث علق تأسيسها على صدور مرسوم ملكى وهو ما يمكن الحكومة من فحص كل الشروط الواردة فى عقد الشركة قبل اصدار المرسوم واستبعاد ما لا يتفق مع المصلحة العامة أو ما ترى فيه اجحافاً بحقوق المساهمين وقد أصدرت عدة قرارات مشتملة على قواعد عامة يجب على المؤسسين اعتبارها جزءاً متمماً لعقد الشركة وتدخل الحكومة بهذه الكيفية من شأنه أن يوجد توازناً فى القوى .

٢٥٠ — فى مجال العقود ^(١) . تشغل العقود مركزاً ممتازاً فى الحقوق المالية وهى منها بمثابة اللحمة وذلك لأن معظم العلاقات القانونية المتعلقة بالمال تصدر عن العقود .

ولا يقف شأن العقود عند حد الأموال بل أنه يتناول الأحوال الشخصية كالزواج . لكن عقود الأحوال الشخصية مع تشابهاً من حيث انعقادها بالعقود المتعلقة بالأموال تختلف عنها من حيث آثارها القانونية . وذلك لأن قانون الأحوال الشخصية (الشريعة الإسلامية) هو الذى يحدد بمفرده كل الآثار المترتبة على الزواج ولا يترك تحديدها لارادة المتعاقدين . على أن حرية المتعاقدين ليست مطلقة بالنسبة لكل الحقوق المالية فالتعاقدون لا يملكون باختيارهم تغيير نظام الملكية العقارية ولا أن يخلقوا حقوقاً عينية لم يصرح بها القانون .

وأخيراً توجد حالات يبدو فيها التعاقد بوجه غير مألوف حيث تنعدم إرادة بعض المتعاقدين كما هو الحال بالنسبة لشركات المساهمة إذ يتعذر الحصول على توافق كل إرادات المساهمين وهو ما يدعو الى خضوع الأقلية لرأى الأغلبية فتقرر الأغلبية ما تراه ضمن حدود القانون ونظام الشركة مادامت الشركة قائمة . وكذلك يقضى قانون الإفلاس بخضوع الأقلية لرأى الأغلبية عند ما يراد التصالح مع المفلس فيكفى أن يقبل الصلح نصف عدد الدائنين زائداً واحدا بشرط أن يكونوا حازنين لثلاثة أرباع الديون لكي تصادق المحكمة على هذا العقد .

الفرع الأول - في تقسيم العقود^(١)

تنقسم العقود الى (١) عقود ثنائية ومفردة (٢) وعقود معاوضات وتبرعات (٣) وعقود محققة واحتمالية (٤) وعقود شكلية ورضائية^(٢) .

٢٥١ - **العقود الثنائية والمفردة** . العقد الثنائي *synallagmatique* ، *bilatéral* هو الذى يترتب عليه نشوء تعهدات متقابلة بين طرفي العقد . والعقد المفرد *unilatéral* هو الذى يترتب عليه التزام طرف قبل الطرف الآخر دون أن يلتزم هذا الآخر بشئ قبل الطرف الأول .

ويعتبر كل طرف في العقود الثنائية دائناً ومديناً في وقت واحد كالبيع والبدل والايجار والشركة . أما العقود المفردة فلا تنشأ إلا تعهداً واحداً كعارية الاستعمال اذ يلتزم المستعير برد العارية ولا يلتزم المعير بشئ ما .

Classification des contrats (١)

(٢) شربنا صفحا عن بعض أصناف من العقود ، كالعقود المسماة *contrats nommés* والعقود غير المسماة *contrats innomés* والعقود الأصلية *contrats principaux* والعقود الفرعية أو التبعية *contrats accessoires* وسبق أن أشرنا (بند ٢٤٩) الى عقود الانضمام وعقود المساومة الحرة .

والعبرة في تعرف العقد المفرد بالوقت الذي انعقد فيه . وتحمل الدائن تعهداً بعد انقضاء العقد المفرد لا يغير من صفته .

وللتفرقة بين العقود الثنائية والمفردة فوائد هامة وهي :

(١) تتضمن العقود الثنائية شرطاً فاسخاً لأن هذه العقود تحمل الطرفين تعهدات متقابلة فإذا قام طرف بتنفيذ تعهده أو اذا أفصح عن نيته في التنفيذ ، ولم يقم الطرف الثاني بشيء ما ، كان للطرف الأول الحق في طلب فسخ التعاقد . . ويسمى الشرط الضمني الفاسخ . .

ولا يقع الفسخ بحكم القانون بل بحكم المحكمة إلا اذا كان متفقاً وقوعه بحكم القانون وبدون انذار ، ولا تقضى المحكمة حتماً بالفسخ ، فلها سلطة التقدير ، وقد تمنح المدين مهلة للوفاء اذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم للدائن .

(٢) اذا رفع طرف دعوى رد الشيء وكان هو بدوره لم يقم بتنفيذ ما تعهد به ، جاز للطرف الثاني حبس الشيء تحت يده حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ ما تعهد به . كما لو طلب المعير رد العارية وكان المستعير تحمل مصاريف للمحافظة عليها جاز له حبسها حتى يستوفى ما أنفق . وكذلك الشأن في الوديعة والوكالة ، وبالجمله من يطالب برد شيء تحمل مصاريف في سبيل تحسينه أو المحافظة عليه يكون له حق الحبس (٦٠٥ م / ٧٣١ و ٤٨٨ / ٥٩٦ مدني) .

٢٥٢ — عقود المعاوضات والتبرعات . Contrats à titre onéreux

et à titre gratuit et يتعهد كل طرف في عقود المعاوضات بتسليم الطرف الآخر مقابل ما يتسلمه منه كالبيع والإيجار ، والوكالة بأجر ، والكفالة بأجر ، وفي عقود التبرعات يتسلم طرف واحد ، شيئاً من الطرف الثاني ، دون أن يقدم عوضه كالهبة ، وعارية الاستعمال ، والوكالة بلا أجر ، والوديعة ، وعارية الاستهلاك ، والكفالة بلا أجر .

وهاك بيان فوائد التفرقة بين هذين النوعين من العقود : —

(١) تلحق شخصية المستفيد من عقود التبرعات ، فاذا حصل خطأ في شخصه بطل التعاقد ، ولا تبطل عقود المعاوضات بسبب الخطأ الواقع في شخص أحد العاقدين كالبيع بالنقد .

(٢) اذا قصر المتعهد مجانا في القيام بما تعهد به فلا يسأل عن كل نتائج اهماله وتقصيره (م ٤٨٥ / ٥٩٣ و ٦٣٨ / ٥٢١ مدني) .

(٣) اذا عقد مدين معسر عقد تبرع ، فيفترض القانون أنه أجرى هذا التعاقد اضرازا بدائيته (م ١٤٣ / ٢٠٤ مدني) .

(٤) تحرر عقود التبرعات في صورة رسمية . ويشترط في هبة العقار أن تكون مسجلة (م ٤٨ و ٥٢ / ٧٠ و ٧٥ مدني) .

٢٥٣ — العقود المحققة والعقود الاحتمالية *contrats commutatif et aléatoire* العقد المحقق هو الذي يقضى منذ انعقاده باستيلاء كل طرف على شيء معين أو قابل للتعيين ، وبذلك يستطيع كل طرف أن يقدر مقدار ما يستولى عليه من الآخر ولا يشترط تساوى العوضين . ويعتبر الثمن في البيع عوض المبيع .

أما في العقود الاحتمالية فلا يمكن تعيين ما يستولى عليه كل طرف وقت انعقاد العقد لتوقف ذلك على أمر غير محقق يعرض قيمة الشيء للاختلاف وقد يتحمل الفرر طرفا التعاقد كالرهان والنصيب والعباب الخفة والمهارة ، وقد يتحملة طرف واحد ، كالتأمين نظير قسط ثابت *prime fixe* اذ لا غرر إلا بالنسبة للثمن ، أما المستأمن فلا غرر عليه متى دفع القسط .

وليس للتفرقة بين العقود المحققة والاحتمالية كبير فائدة عملية ، ولكننا نورد الفائدتين الآتيتين : —

(١) ترى المحاكم المختلطة أن بطلان بيع الحاصلات المستقبلية (م ٣٣٠ م مختلط) قاصر على عقود الفرر (الاحتمالية) مثل الاتفاق على دفع ثمن معين

بقطع النظر عن كمية المحصول (سم ١٥ فبراير سنة ١٩٠٠ تق ١٢، ١١٧) .
(٢) من الأمور المألوفة في التجارة أن يبيع التاجر ديونه الجيدة
والرديئة، مع تحميل المشتري خطر اعسار المدين، فإذا تبين أن العاقدين
قصدوا أن يكون البيع غريباً فلا ضمان على البائع .

٢٥٤ — العقود الشكلية والرضائية . *contrats solennels et*

consensuels . الأصل أن العقود تنعقد برضاء العاقدين، ولكن يشترط
القانون أحياناً أن يتخذ الرضا شكلاً خاصاً وإلا كان العقد باطلاً، كاشتراط
ثبوت الهبة في عقد رسمي (م ٤٨/٧٠ و ٥٥٧/٦٨١ مدني) .

ويجب أن لا نخلط بين اشتراط شكل معين لصحة العقد وضرورة
الاثبات بالكتابة . فقد ينعقد العقد شفهيّاً، ولو أن القانون يقضي بلزوم
تقديم دليل كتابي لإثباته عند المنازعة في انعقاده . إنما اذا قضى القانون باتباع
طريقة خاصة لانعقاد العقد، فلا ينعقد العقد إلا اذا احترم هذا الشرط .

العقود العينية *contrats réels* وهي عقود رضائية إنما لا ينشأ الالتزام
إلا اذا كان المدين تسلم موضوع التعاقد كالوديعة والرهن الحيازي وعارية
الاستعمال وعارية الاستهلاك وتعتبر في هذه الحالة عقوداً مفردة لأن تعهد أحد
طرفي التعاقد ينفذ وقت انعقاد العقد . واذا انعقدت هذه العقود دون تسليم
كانت عقوداً ثنائية حيث يلزم أن يقع التسليم بعد انعقاد العقد .

الفرع الثاني — في شروط انعقاد وصحة العقود

تقسيم : يجب لانعقاد العقد توافر ثلاثة شروط وهي (١) رضا
المتعاقدين (٢) موضوع العقد (٣) سبب العقد .
ويشترط لصحة العقد توافر (١) أهلية المتعاقدين (٢) أن لا يشوب
الرضا عيب كالغلط والغش والاكراه أو الغبن في أحوال معينة .

المبحث الاول - في الأهلية^(١)

٢٥٥ - تعريف . الأهلية هي قدرة الانسان لأن يكون متصرفا في حقوقه وقد تكون الأهلية مطلقة أو مقيدة . والى هذا أشارت المادة ١٢٩ / ١٨٩ فقالت « قد تكون الأهلية مقيدة بانحصارها في بعض أفعال وقد تكون مطلقة شاملة لكل الأفعال » .

والحكم في الأهلية المطلقة والمقيدة يكون على مقتضى قانون الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العقاد (م ١٣٠ / ١٩٠ م) وقد عمل المشرع المصرى على توحيد التشريع وجهة الاختصاص بالنسبة لعديمي الأهلية فأصدر قانون ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ م^(٢) .

(١) الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الاسلامى للاستاذ أحمد ابراهيم ابراهيم وكيل كلية الحقوق . مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث والرابع السنة الاولى والعدد الاول من السنة الثانية . ويرفها الفقهاء بأنها صلاحية الانسان لوجوب الحقوق له أو عليه . ويسمون محل الوجوب « ذمة » ولذا يضاف اليها فيقال وجب في ذمته ، وبرت ذمته . ويولد الانسان وله ذمة صالحة لوجوب الحقوق . وتسمى أهليه الوجوب . وأهلية الاداء هي صلاحية الانسان لصدور الفعل عنه على وجه يعتبر شرعا .

(٢) جاء في المادة الثالثة منه « تنظر المجالس الحسبية دون غيرها في المسائل والنزاعات المتعلقة بالمواد الآتية الخاصة بالمصريين وغيرهم من التوطنين بالقطر المصرى مسلمين كانوا أو غير مسلمين الا اذا قضت القوانين أو المعاهدات بخير ذلك . وهي « تعيين الاوصياء لقصر والحمل للسكن والقائمة للمحجور عليهم والوكلاء للقائمين وتثبيت الاوصياء المختارين للاتقين للوصاية وتعيين للمعرفين ، وعزل جميع التوليين المذكورين واستبدال غيرهم أو قبول استقالتهم والحجر على عديمي الأهلية ورفع الحجر عنهم . واستمرار الوصاية الى ما بعد سن الحادية والعشرين اذا اقتضت الحال ومنع القاصر الذى يبلغ الثامنة عشر من التصرف . وتعيين مأذون بالمخضومة في حقوق القصر أو المحجور عليهم أو القائمين وذلك عند تضارب مصلحتهم مع مصلحة الاوصياء أو القائمة أو الوكلاء ، مراقبة الاوصياء والقائمة ووكلاء القائمين والنظر في حساباتهم واتخاذ الاحتياطات المستعجلة لصيانة حقوق القصر أو عديمي الأهلية أو القائمين ، سلب ما للاولياء من السلطة على أموال الاشخاص المشمولين بولايتهم أو الحد من حريتهم فيها ، التأكد مما اذا كانت المصاريف المخصصة لنفقة القاصر وتربيته أو نفقة المحجور عليه قد استعملت فعلا لهذا الغرض »

وأسباب عدم الاهلية اما أن تكون (١) طبيعية (٢) قانونية .

٢٥٦- في عرمة الاهلية الطبيعية . يقتضى التعاقد وجود طرفين يميزين حتى يمكن تلاقي ارادتهم . فالجنون أو المعتوه أو الصغير لا ارادة ولا تمييز لهم فلا تعاقد مع أحدهم لانعدام ارادة أحد طرفي التعاقد .

والشخص المعنوى يعتبر ذا ارادة كالشركات التجارية ، فإذا لم يكن لهيئة من الهيئات شخصية معنوية معترف بها كناد أدنى فلا يجوز التعاقد باسمه بسبب عدم وجود الاهلية قانوناً أى انعدام إرادة أحد طرفي التعاقد .

٢٥٧- في عرمة الاهلية القانونية . إذا كان سبب عدم الاهلية نص

القانون فعدم الاهلية خاص ببعض الحقوق دون البعض الآخر كعدم الاهلية المنصوص عنه في المواد ٢٥٧ و ٢٥٨ / ٣٢٤ و ٣٢٥ مدنى ^(١) وعدم الاهلية هنا خاص بمنع فريق من الناس من التملك في ظروف خاصة . على أن معظم أحوال عدم الاهلية القانونية يتعلق بعدم أهلية مباشرة بعض الحقوق فالصغير والمحجور عليه لعتة أو جنون أو سفه ^(٢) أو المحكوم عليه

(١) « لا يجوز قضاة أو وكلاء الحضرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين ، والافوكالية أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم لا كلا ولا بعض من الحقوق المتنازع »
« فيها التي تكون رقبها من خصائص المحاكم التي يجرون فيها وظائفهم . فإذا وقع ذلك كان البيع باطلا .

« وفي هذه الحالة يكون البيع باطلا أصلا ، وبحكم بطلانه بناء على طلب أى شخص له »
« فأئذ في ذلك . ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها (م ٣٢٤ / ٢٥٧ م) »
« لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء ولا الوكلاء القامين »
« من موكلهم أن يشتروا الشيء المنوط بهم ببيع بالصفات المذكورة »
« فإذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع إذا كان فيه أهلية »
« التصرف وقت التصديق (م ٣٢٥ / ٢٥٨ م)

(٢) السفه خفة تتعثر الانسان فتبثه على التصرف في أمواله بخلاف مقتضى الشرع والقل بالاسراف وهو المجاوزة عن الحد والتبذير وهو تفريق المال اسرافا ، وعند أبى حنيفة السفه

بعقوبة جنائية (م ٣٩/٢٥ عقوبات ^(١)) ليسوا محرومين من أهلية التملك أى أهلية وجوب الحقوق لهم . ولكن أهليتهم فى التصرف مقيدة . وسبب حرمانهم من أهلية التصرف الرغبة فى المحافظة على أموالهم أو حرمانهم من هذا الحق عقاباً لهم . فإذا كان سبب عدم الأهلية هو المحافظة على حقوق عديم الأهلية تنج من ذلك أن التعاقد مع عديم الأهلية لا يستطيع الطعن فى صحة التعاقد متى كان متمتعاً بالأهلية . وبعبارة أخرى يعتبر البطلان نسبياً . وبناء على ذلك يمكن القول بأن التعاقد مع مذنب يجوز الطعن فيه من تعاقد معه (بلانيول ج أول بند ١٦٣٠) ولكن هل يتفق هذا رأى مع القانون المصرى ؟ تقول المادة ١٣٢/ ١٩٢ مدنى بأنه « لا يجوز لذى الأهلية من المتعاقدين أن يتمسك بعدم أهلية من تعاقد معه بقصد بطلان المشاركة ، وظاهر أن النص عام يشمل عدم الأهلية الملحوظ فيها المحافظة على أموال الشخص أو الحرمان من حق التصرف كعقوبة تبعية . ورغماً من عمومية النص نرى أن هذه المسألة تسرى فقط على الأحوال التى يعتبر فيها عدم الأهلية ميزة لا عقاباً لعدم الأهلية .

ولا يشترط القانون المصرى لبطلان التعاقد الحاصل مع عديم الأهلية إثبات الغبن . وتقضى المادة ١٩١/ ١٣١ مدنى بأن « مجرد عدم الأهلية موجب لبطلان المشاركة ولو لم يكن فيها ضرر ، يخالف القانون الفرنسى وقد تأثر المشرع المصرى بالشريعة الإسلامية التى تقضى بتقسيم تصرفات الصغير المميز الى تصرفات (١) ضارة (٢) نافعة (٣) دائرة بين النفع والضرر .

لا يوجب الحجر أصلاً ، لأن السفية حر لا ضمان فى عقله . وفى سلب ولايته على ماله اهدار لآدميته . وهو أحد ضرراً من التبذير ، ويرى أبو يوسف ومحمد وجوب توقيع الحجر لأن السفية اذا أفنى ماله بالتبذير يصبر عيالاً على المسلمين ويستحق النفقة من بيت المال ، وهذا رأى الأخير هو الممول به الآن فى الاقطار الإسلامية .

(١) كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من ادارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ويحين قضا لهذه الادارة تفره المحكمة .

فالتصرفات الضارة غير جائزة أصلاً وإن أجازها الولي أو الوصي كالصدقة والقرض والوصية تبطل أصلاً لأن فيها إزالة ملك من غير نفع يعود عليه . ولما كان الصبي مظنة الترحم ، والله تعالى أرحم الراحمين ، فلم يشرع في حقه الضار . والتصرفات النافعة جائزة ولو لم يجزها الولي أو الوصي كقبول الهبة ، والنوع الأخير يتوقف نفاذه على إجازة الولي أو الوصي ، كإبيع ونحوه فانها تشتمل على زوال الملك وهو ضرر وحصول البذل وهو نفع . فتجوز هذه التصرفات منه عند انضمام رأى الولي أو الوصي إليه . باعتبار أن قصور رأى الصغير لما اندفع برأى الولي ، التحقق هو بالبالغ ، فاحتمال الضرر اندفع برأى الولي أو الوصي .

وقضى قانون ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، أن الولاية والوصاية على المال تنتهى متى بلغ القاصر احدى وعشرين سنة ميلادية إلا اذا قرر المجلس الحسبى استمرارها ومع ذلك فتى بلغ القاصر ثمانى عشر سنة ولم يمنع من التصرف جازله تسلم أمواله ليديرها بنفسه ويكون للقاصر فى هذه الحالة حق قبض دخله مدة إدارته والتصرف فيه بالتأجير لمدة لا تتجاوز سنة وزراعة أطيانه وإجراء ما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة ويعتبر القاصر رشيداً بالنسبة الى هذه التصرفات ويبقى قاصراً فيما عداها ويستمر الوصى فى أداء وظيفته بالنسبة لها .

٢٥٨ — فيما يترتب على بطوره التعاقد مع عديم الأهلية : قصد القانون المحافظة على أموال عديمي الأهلية فأجاز لهم إبطال العقود المقودة معهم . ولكن ليس معنى ذلك تمكينهم من أكل أموال الناس . فعديم الأهلية الذى تعاقد مع الغير وحصل على مال أو منفعة بمقتضى هذا التعاقد لا يستطيع أن يتنصل تماماً من تنفيذ ما تعهد به مع اختفاظه بالمنافع التى حصل عليها حتى لا يثرى على حساب الغير بلا وجه حق . من أجل ذلك قضت المادة ١٣١/١٩١م بأن « من استحصل على بطلان مشاركة لعدم أهليته لا يكون

ملزماً إلا برد قيمة المنفعة التي استحصل عليها بتنفيذ المشاركة من المتعاقد معه ذى الأهلية، ويلاحظ أن القانون أقام قرينة في صالح عديم الأهلية. فافترض أن الاتفاق لم يعد بفائدة على عديم الأهلية وبذلك يقع حمل الإثبات على الطرف الآخر الذي يدعى العكس.

وليس من العسير أن نتعرف مقدار ما عاد على عديم الأهلية من الفائدة. فإذا اقترض نقوداً وأتفق نصفها في ملذاته، واستبقى النصف الثاني في بنك فيلزم برد الباقي. وإذا خصص ما اقترضه لوفاء دين ترتب في ذمته قانوناً فيلزم بدفع ما اقترضه وإذا اشترى بهذه النقود شيئاً فيلزم برد ما اشتراه سواء كان مفيداً أم غير مفيد للطرف الآخر. وإذا خصص النقود لشراء أشياء ضرورية أو لترميم عقار فيلزم بالرد حتى لو هلك الشيء أو العقار بعد ذلك بمحادث عرضى أو قوة قاهرة.

المبحث الثانى — فى الرضا

٢٥٩ — فى الإيجاب والقبول. يتكون كل عقد من جزئين وهما الإيجاب والقبول. فالإيجاب هو العرض (١) الذى يصدر أولاً من أحد التعاقدين. والقبول (٢) هو ما يصدر من التعاقد الآخر وبه يتم العقد. وقد يكون الإيجاب والقبول أو أحدهما ضمنياً. فشركة النقل المحترقة بنقل الأشخاص تعرض على الجمهور استعدادها للنقل بأجرة معينة. والشخص الذى تطأ قدمه احدى عرباتها يقبل هذا الإيجاب. وصاحب الفندق الذى يدعو طبيباً لمعالجة شخص يقيم فى فندقه يتعهد ضمناً بدفع أجرة الطبيب إلا إذا صرح الطبيب بخلاف ذلك.

وقد يقع رضا المتعاقدين إذا اجتمعا فى مجلس العقد. وفى هذه الحالة يتم

الايحاب والقبول في لحظة واحدة. لكن يحدث أن لا يجتمع العاقدان في مجلس العقد فلا يستطيعان الاتفاق إلا بواسطة المراسلة أو المخاطبة التليفونية أو ايفاد مندوب. وتسمى عقود المراسلة وتختلف عن العقود التي تتم بين العاقلين الحاضرين في مجلس العقد من وجهين:

(١) لا يستطيع الطرف الموجب أن يتعرف حالاً ، أى وقت صدور ايجابه ، ارادة الطرف الثانى (٢) بما أن عقود المراسلة لا تنعقد إلا إذا قبل الطرف الثانى ايجاب الموجب فقد يصعب أحياناً معرفة المكان والزمان اللذين انعقد فيهما العقد . فهل ينعقد العقد فى المكان الذى يصدر فيه ايجاب الموجب أو فى المكان الذى يصدر فيه قبول القابل ؟ وما يصدق على المكان يصدق على الزمان . وسنعود الى بحث هذه المسائل فى موضعها .

٢٦٠ — فى الإيجاب : يجب أن يكون الإيجاب معداً فى قصد الموجب للقبول بمعرفة الطرف الثانى . فان لم يكن كذلك اعتبر عرضاً للساومة . فالمالك الذى يعلق على واجهة منزله « منزل أو شقة للإيجار » لا يلزم بالتأجير لأى قادم يقبل دفع الاجارة لكن التاجر الذى يضع على بضائه ورقة مشتملة على الثمن يلتزم ببيعها بهذا الثمن . وكذلك الحال بالنسبة للتاجر الذى يعلن عن بضائه فى نشرات

٢٦١ — فى الرجوع عن الإيجاب وقبول القابل قبل علمه بهذا الرجوع . لا يرتبط الموجب بإيجابه ما دام الطرف الثانى لم يقبل هذا الإيجاب . فيستطيع الموجب أن يرجع فى ايجابه . ولكن ما هو الحال لو أن الطرف الثانى قبل الإيجاب قبل علمه بعديل الموجب ؟ مثال ذلك (١) التاجر بمصر أرسل خطاباً الى (ب) التاجر بباريس فى ٦ فبراير يطلب بضاعة . وفى ٨ فبراير عدل ١ عن المطالبة وأرسل خطاباً آخر الى ب بهذا المعنى . لكن ب استلم الخطاب فى ١٤ فبراير وقبل العرض الصادر من ١ وأعد البضاعة اللازمة

وكتب بذلك الى اوفى ١٦ فبراير وصله خطاب العدول. يرى جمهور شراح القانون بأنه لا تعاقب وذلك لأنه في اللحظة التي قبل فيها ب رجوع الموجب عن ايجابه وأن ارادنى الموجب والقابل لم تتقابلا في أى وقت من الاوقات ولكن ب يستطيع أن يطالب ا بتعويض اذا أثبت حصول ضرره له. يترتب على ذلك أن الايجاب ينعدم ب وفاة الموجب أو بالحجر عليه (أوبرى وروج ٤ بند ٣٤٣ ص ٤٨٣) ويؤيد هذا الرأى ما تقضى به المادة ٧٢/٥٠ مدنى ونصها « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهب له » وإذا كان جمهور الشراح يرى استحقاق القابل في المثال المتقدم للتعويض إلا أنهم اختلفوا في الأساس القانون الذى يبنى عليه استحقاق التعويض. فيقول البعض إنه اذا لم يمكن هناك عقد فلا يمكن أن يكون مصدر التعهد بالتعويض التعاقد *ex contractu*. وإذا كان الايجاب الذى لم يقبل بعد لا يلزم الموجب فيكون الموجب بعدوله عن ايجابه قد استعمل حقاً مشروعاً ولذلك لا يمكن أن يكون أساس التعويض ارتكاب جريمة *Ex delicto* ولعل أحسن الآراء هو أن الموجب يملك العدول عن ايجابه إذا لم يترتب على هذا العدول ضرر الطرف الثانى. لكن ليس معنى ذلك أن الموجب لا يلزم بتعويض متى كان عالماً أنه دفع الطرف الثانى الى تعاقد معرض للزوال ويلاحظ أن القانون الانكليزى يجيز العدول عن الايجاب قبل قبول الطرف الثانى. ولا يكون لهذا الأخير في هذه الحالة حق المطالبة بتعويض. لكن العدول لا يعتبر صحيحاً إلا اذا علم به القابل. فاذا قبل القابل قبل علمه بعدول الموجب انعقد العقد حتى لو كان عدول الموجب سائراً في طريقه الى القابل.

وإذا حدد الموجب أجلاً لقبول القابل فلا يملك الموجب العدول عن ايجابه ما دام الأجل قائماً.

وتقضى بعض القوانين الأجنبية بأن الايجاب يتضمن أجلاً ضمناً لا

يستطيع الموجب في خلاله العدول عنه (القانون المدنى الالمانى مادة ١٤٥ وقانون التعهدات السويسرى مادة ٥) .

ولا يقضى القانون الفرنسى أو المصرى بأجل ضمنى يلزم الموجب في خلاله بعدم العدول عن ايجابه . ولكن الشراح يقولون بوجود هذا الاجل الضمنى فى المسائل التجارية حيث يقضى عرف التجارة بأن الموجب يفترض فيه أنه قصد بقاء ايجابه قائماً مدة من الزمن كافية لتمكين الطرف الثانى من بحث الايجاب والرد عليه (ليون كان ج ٣ بند ١٥) ولاجل تحديد هذا الاجل يجب النظر الى شكل الايجاب ونوع الصفقة . فاذا حصل الايجاب بالتلغراف تمين أن يكون القبول بهذه الطريقة واذا كان الايجاب بالمكاتبة وطلب الموجب أن يصله القبول بالتلغراف وجب على القابل أن يرد على الموجب بالتلغراف فاذا اكتفى بالمراسلة اعتبر قبوله متأخراً .

٣٦٢ — فى القبول الضمنى . قد يكون القبول ضمناً وهو الذى يستفاد من ظروف الحال كتحريرك الرأس من أعلى الى أسفل أو ارسال البضاعة المطلوبة والقيام بالعمل المطلوب وتسلم تذكرة نقل مبين بها شروط النقل إلا اذا ثبت أن القابل أسمى أو اذا كانت الشروط معلناً عنها فى نشرة لم يطلع عليها .

ولكن هل يعتبر السكوت قبولاً ؟ القاعدة أن السكوت لا يدل على القبول . ولا يعتبر السكوت قبولاً إلا اذا اقترن بظرف يفيد القبول كاستيلاء المشتري على المبيع . أما مجرد السكوت فيدل على أن الايجاب لم يصادف قبولاً وأنه لا يستحق الرد . فقد يقذف بالمكاتبة المتضمنة الايجاب فى سلة المهملات . وحتى اذا أرسل الموجب عينات ، فلا يلزم المعروض عليه أن يردها اليه . وقد حكمت المحاكم الفرنسية بأن الجريدة التى تطبع العبارة الآتية فى إحدى صفحاتها *l'abonnement continue sauf avis contraire* لا تلزم المشترك باشتراك جديد حتى اذا استمر على استلام الجريدة بعد انقضاء مدة

مدة الاشتراك الاولى (محكمة Donai ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ ، ٥ ، ٧٤ ، ٢ ، ١٥٣) وذلك لان عقد الاشتراك في جريدة موقوت بوقت معين فاذا استمر صاحب الجريدة على ارسالها بعد انقضاء هذا الميعاد تحمل مسئولية عمله .
على أنه توجد ظروف يعتبر فيها السكوت قبولا . والمرجع في تقدير هذه الظروف الى المحاكم . ويمكن الاسترشاد بالقواعد الآتية . —

(١) إذا كان الإيجاب في مصلحة الطرف الآخر وكان لا يوجد سبب مالى أو أخلاقى يحمله على الرفض كما لو أبرأ الدائن مدينه من الدين أو اذا تنازل مدين عن التمسك بالتقادم عند توافر شروطه ، ففي هذه الظروف وما يماثلها يعتبر السكوت قبولا للإيجاب .

(٢) يفيد السكوت القبول إذا كان العرض مسبقا بمعاملات مقررّة بين الطرفين . فاذا اعتاد تاجر شراء بضاعة معينة من مصنع وطلب اليه أن يرسل اليه كمية معينة في تاريخ معين فسكوت رب المصنع يعتبر قبولا لإيجاب الموجب .

(٣) إذا اعتاد شخص أن يقوم بعمل معين بمجرد تكليفه بذلك كارسال خطاب اليه بهذا المعنى فيعتبر سكوته قبولا .

(٤) إذا حصل العرض بناء على طلب الطرف الثانى فيعتبر السكوت قبولا كما لو أعلن عن عطاءات فى الجرائد وصرح فيها أن الصفقة ترسّى على أقلّ عطاء .

٢٦٣ — فى الوقت الذى ينقضى فيه العقد فى العقر . من السهل أن تتعرف الوقت الذى ينقضى فيه العقد اذا كان طرفا التعاقد حاضرين ولكن اذا حصل التعاقد بالمكاتبة متى ينقضى العقد ؟ لهذه المسألة أهمية كبرى من الوجوه الآتية : (١) لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع بعد انعقاد العقد (٢) وفاة أحد العاقدين أو الحجر عليه لا يؤثر فى العقد بعد انعقاده (٣) يترتب على

الانعقاد تحمل أحد العاقلين خطر التعاقد في عقد التأمين (٤) تعيين المحكمة المختصة (م ٣٤ / ٣٥ مرافعات) (٥) معرفة سعر السوق .

وقد أثار هذه المسألة جدلاً غنياً بين الشراح وتضاربت فيها الأحكام ويمكن ارجاع كل هذه الآراء الى نظريتين وهما : —

(١) نظرية الافصاح عن الارادة . مقتضى هذه النظرية أن العقد ينعقد منذ اللحظة التي يصرح فيها القابل بقبوله الإيجاب بشرط أن يكون القبول حاصلًا بكيفية لا تدع مجالاً للشك في أن القابل يقصد أن يكون قبوله قطعياً لذلك لا يكفي مجرد التأشير على ورقة بالموافقة أو تحرير خطاب بالقبول مادام الخطاب لم يسلم الى مصلحة البريد . فالقبول الذي لارجوع فيه هو الذي ينشئ التعاقد . ويؤيد هذه النظرية أن القانون لم يعلق انعقاد العقد على علم الطرف الثاني بالقبول (م ١٢٨ / ١٨٨ مدني) وما جاء في المادة ١٢ / ٥١٢ مدني من أن قبول الوكيل للوكالة قد يتضح من اجراء العمل الموكل فيه فلم يشترط القانون علم الموكل بقبول الوكيل .

(٢) نظرية علم الموجب بالقبول . مقتضى هذه النظرية أن العقد لا ينعقد إلا منذ اللحظة التي يصل فيها القبول لعلم الموجب أي منذ الوقت الذي يتسلم فيه الرسالة المتضمنة للقبول . فصدور القبول في ذاته لا يكفي لتكوين العقد بل يجب أن يعلم الموجب بهذا القبول .

ويبدو لنا أن نظرية الافصاح عن الارادة هو الأقرب إلى روح القانون وقد أخذت بها المحاكم المصرية (استئناف أهلي ٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ج ١٣ نمرة ٩٠ وسم ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ تق ج ٢٨ ، ٤٣) وقد جرى القضاء الانجليزي على هذه النظرية .

٢٦٤ — في التعاقد بالتليفون . من المسائل المختلف فيها معرفة ما اذا كان التعاقد بالتليفون تسرى عليه قواعد التعاقد بالمكاتبة أم لا . والمتعاقدون بهذه الكيفية يتخاطبون رأساً كما لو كانوا حاضرين في مجلس العقد لأن

الموجب يسمع قبول القابل أو رفضه ومن هذه الوجهة لا يعتبر التليفون كالتعاقد بالمكاتبه . لكن المتعاقدين بالتليفون من جهة أخرى ليسوا دائماً في مكان واحد بل قد يكونان في ممالك مختلفة . فقد يكون الموجب في باريس والقابل في لوندرة أو قد يكونان في قارات مختلفة . فقد يكون الموجب في برلين والطرف الثاني في نيويورك . فإذا كان المتعاقدون في ممالك مختلفة فكل ما ينشأ بينهم من منازعات تسرى عليه قواعد القانون الدولي الخاص كما لو كانوا تعاقدوا بالمكاتبه من أجل ذلك يتشابه التعاقد بالتليفون بالتعاقد بالمكاتبه من قبل الاختصاص إذا كان حاصلًا بين أشخاص مقيمين في أقطار مختلفة ويتشابه بالتعاقد في مجلس العقد من قبل عدم انقضاء فترة من الزمن بين الإيجاب والقبول ويعتبر المكان الذي صدر فيه القبول مكان العقد إلا إذا صرح المتعاقدون بخلاف ذلك أو تبين من ظروف الحال أنهم قصدوا مكاناً معيناً بالذات (ليون كان ج ٣ بند ٢٨)

المبحث الثالث — في عيوب الرضا^(١)

٢٦٥ — قسم . يفسد الرضا إذا وقع عن غلط أو اكراه أو تدليس وتقول المادة (١٣٣/١٩٣) « لا يكون الرضا صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل باكراه أو تدليس ، ويضاف الى ما تقدم الغبن الفاحش (م ٣٣٦ و ٣٣٧/٤١٩ ، ٤٢٠)

المطلب الأول — في الغلط De L'erreur

٢٦٦ — تعريف . الغلط هو تصور الأشياء على خلاف حقيقتها أو كما قال Doneau الغلط هو الاعتقاد بصحة ما هو باطل أو بطلان ما هو صحيح . والغلط الذي يقع من أحد العاقدين يتدرج في خطورته في ثلاث

مراتب وتختلف آثاره في كل مرتبة من المراتب . فقد يكون الغلط مانعاً من انعقاد العقد وقد يكون من شأنه أن يجعل التعاقد قابلاً للبطلان (فاسداً) وقد يكون أخيراً بلا تأثير في التعاقد

٣٦٧ — الغلط المانع من انعقاد العقد . وهو الغلط الحاصل في :

(١) ماهية العقد . كما لو أراد شخص أن يبيع شيئاً الى آخر ثم سلبه اليه وتسلم الطرف الثاني هذا الشيء بصفة هبة أو اذا اتوى شخص أن يشتري منزلاً ووقع على عقد ايجار . أو اذا وقع شخص أى بختمه على ورقة معتقداً أنها طلب بضاعة مع أنها سند اذنى . ففي كل هذه الأحوال لا تعاقد . لأن كل عاقد قصد شيئاً مخالفاً لما قصده العاقد الآخر . ولا ينعقد العقد بسبب عدم تلاقى ارادتي العاقلين

(٢) الغلط في موضوع العقد كما لو قصد شخص أن يبيع حصانه الأبيض واعتقد المشتري أن البيع حاصل عن الحصان الأسود . وفي هذه الحالة يعتبر ما حصل سوء فهم لا تعاقد .

(٣) الغلط في سبب العقد . كما لو دفع موكل الى وكيل بالعمولة العمولة المتفق عليها معتقداً بأن الوكيل لم يكن طرفاً ثانياً في التعاقد *Cantre partie* . ثم تبين له بعد ذلك أن الوكيل اشترى لنفسه البضاعة التي كلف ببيعها فيجوز له أن يسترد العمولة التي دفعها ^(١) .

٣٦٨ — الغلط المفسد للتعاقد . وهو النوع الذي أشار اليه القانون .

في المادة ١٩٤/١٣٤ « الغلط موجب لبطلان الرضا متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد » ^(٢) والمقصود هو الغلط الذي يقع في الصفات

(١) انظر كتابنا شرح القانون التجاري ص ٣٢٧ و (د ، ١٠٩٥ ، ١٤ ، ٢٥)

(٢) يقول النص الفرنسي « Quand elle porte sur le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat »

الجوهرية لموضوع التمهيد وهي التي بسببها يتعاقد المتعاقدون . فاذا وقع الغلط في صفة ثانوية لم ينظر إليها عند التعاقد فلا مانع من ظهور كل نتائج وآثار العقد . وتقدير الصفات الجوهرية متروك للقضاة وهم يسترشدون في تقديرهم بقرائن الحال ونية المتعاقدين وقد مثل بوتييه على ذلك بشخص أراد أن يشتري مشعلا من الفضة فباعه المتعاقد معه مشعلا من النحاس عليه طلاوة من الفضة فالغلط هنا . وارد على صفة جوهرية للبيع لأن نوع المعدن هو الذي دفع الشاري على الشراء . وليس كل غلط في مادة الشيء يعتبر مفسداً للتعاقد إذا كانت المادة ليست لها إلا أهمية ثانوية فقد يشتري شخص مشعلا معتقداً أنه من الفضة والحال أنه من النحاس ويكون البيع صحيحاً متى كان المعتبر فيه قيمته الأثرية أو التاريخية أو الفنية وبالعكس قد لا يقع غلط في مادة الشيء ولكن يقع الغلط في صفة جوهرية كما لو بيع مشعل من الفضة أو تحفة أثرية باعتباره أثرياً وتبين أنه صنع حديثاً إذا كان الملحوظة في التعاقد القدم . (سم ١٩ مارس سنة ١٩١٣ تق ج ٢٥ ، ٢٣٩) أو إذا بيعت صورة بزعم أنها من رسم مصور معين وتبين أنها من صنع خلافه (د ١٩٠٤ ، ١ ، ٦١١) أو إذا بيعت أوراق مالية وتبين أنها سحبت بالقرعة واستهلك (د ٩٢ ، ٥٧٢) أو إذا كفّل شخص آخر اعتماداً على وجود رهن تبين أنه باطل (د ٩٥ ، ١ ، ٣٤٠) أو إذا بيعت الرقبة ومات المتفع قبل البيع بدون علم البائع الذي ما كان يقبل البيع لو كان علم بالوفاة (د ٥٨ ، ١ ، ٣٧٧) أو الغلط في جنس الماشية (ذكر أم أثنى) إذا كان للجنس مدخل في كيفية الاستعمال ، أو إذا بيعت باللات مقفولة من البضائع بزعم أنها مماثلة تماماً للبضاعة الموجودة في بالة مفتوحة (د ١٩٠١ ، ١ ، ٧١) أو البيع بمقتضى عينه إذا اختلف المبيع عنها (سم ١٣ مايو سنة ١٩١٥ جازية المحاكم المختلطة ج ٢ ، ٤٤٨) أو بيع آلة تجارية بزعم أن لها قوة معينة من الأحصنة البخارية على خلاف الحقيقة (سم ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ تق ج ٢٠ ، ٢٥٧) .

(١) الغلط في الشخص . لم يشر القانون المصرى الى الغلط الحاصل في شخص التعاقد . والظاهر أن المشرع لم يقصد أن يخالف القانون الفرنسى الذى قضى بأن الغلط في شخص التعاقد غير مفسد للرضا متى كان شخص التعاقد غير ملحوظ وقت التعاقد *intuitu personae* في كثير من الأحوال لا تأثير لشخصية التعاقد فالتاجر لا يهيمه إذا كان المشتري بكرة أم خالداً وكل ما يهيمه هو الربح أو الثمن الذى يبيع به . إنما إذا باع بالنسيئة معتمداً على اتمان بكر وحصل البيع إلى خالده اعتبر الغلط جوهرياً . ويجوز إبطال التعاقد إذا تزوج رجل امرأة أو وهب مالا أو اشترك مع شريك في شركة أو كلف فناناً بعمل متى ثبت حصول غلط في شخصية التعاقد الثانى وقد يعتبر الغلط جوهرياً إذا كان متعلقاً بصفة خاصة في التعاقد كركزه الاجتماعى أو وظيفته . وحدث في فرنسا أن باع رجل حله التجارى بزعم أنه وكيل أشغال ثم تبين أنه من ذوى السوابق وأنه باشر أعماله باسم منتحل وقد حكم بأن المشتري يجوز له إبطال البيع بحجة أن أخلاق البائع تعتبر عنصراً مهماً في نجاح المحل لأن استمرار الزين على التعامل مع المحل يتوقف على مبلغ ثقة الجمهور في البائع . (د ، ٧١ ، ٢ ، ٧٩) كذلك تؤثر أخلاق مستأجر منزل في العقد فاذا غلط المؤجر في طريقة تعيش المستأجر جاز له أن يطلب ابطال العقد . وإذا أجر المالك منزلاً الى امرأة وتبين له بعد ذلك أنها بنى جاز له إبطال الاجارة^(١) وكذلك الحال بالنسبة لعقد التأمين . فالغلط في حرقة المستأجر يعتبر جوهرياً لأن خطر الحريق في بعض الحرف أعظم منه في البعض الآخر .

(٢) الغلط في القيمة أو الثمن . الغلط في القيمة أو الثمن لا ينهض سبباً لفساد التعاقد ويجب أن يكون الغلط وارداً على موضوع التعاقد أو إحدى صفاته فلا يدخل في ذلك الغلط في الثمن . وحكم بأن شراء مكتب

office لا يفسد بسبب كونه لم يأت بالأرباح المتوقعة الحصول (د، ٩٠، ٤٥، ٢) ولا يجوز للبائع أن يطلب ابطال البيع بسبب ذكر الثمن بأقل من الحقيقة سهوياً. وحدث في مصر أن باع وكيل بالعمولة ثلثة مملوكة لموكله بأقل من الثمن الذى حدده الموكل فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الموكل لا يستطيع ابطال البيع وذلك لأنه لو كان الوكيل بالعمولة وكيلاً عادياً وجاوز وكالته لما ارتبط الموكل بما صدر منه (م ٥٢٧/٦٦٨ مدنى) وليس هذا شأن الوكيل بالعمولة الذى يعمل باسمه (م ٨٧/٨٦ تجارى سم ١١ يناير ١٩٠٦ تق ١٧، ٧٢)

وإذا كان الغلط فى الثمن لا يترتب عليه فساد التعاقد إلا ان هذه القاعدة لا تسرى فى حالة ما إذا كان أحد العاقدين يعلم بالغلط الحاصل من التعاقد الآخر. كما لو كان المشتري يعرف الثمن الحقيقى للبيع وطالبه البائع سهوياً بأقل من هذا الثمن ثم اكتشف البائع هذا الغلط فيجوز له أن يبطل التعاقد.

٢٦٩ - الغبن. أشار القانون المصرى الى الغبن فى المواد ٣٣٦ و ٣٣٧/٤١٩ و ٤٢٠ ولا يترتب عليه فسخ التعاقد بل اعطاء القاصر الحق عند بلوغه الرشد أن يرفع دعوى بتكملة الثمن فى حالة الغبن الفاحش الزائد على خمس العقار المبيع. لذلك لا تسرى هذه المواد على بيع المنقول المملوك لقاصر (سم ١١ يناير سنة ١٩٠٥ تق ج ١٧، ٧٣).

٢٧٠ - الغلط فى الباعث على التعاقد. لا يفسد التعاقد اذا كان الغلط متعلقاً بالباعث وذلك لأن البواعث التى تدفع الناس على التعاقد كثيرة ومتباينة.

وإذا جاز إبطال العقود بسبب الغلط فى الباعث لما سلم من الابطال الا العدد القليل منها ولما استقرت المعاملات بين الناس على أساس وطيد. أجل قد يكون الباعث على التعاقد عدم الاحاطة ببعض الوقائع على حقيقتها وانه

لو علم العاقد بها لما تعاقدا ولكن ما دام أنه لم يقع غلط في العقد فهو صحيح .
 فإذا باع شخص سيارته أو منزله على اعتقاد أنه سيغادر المدينة التي يقيم
 فيها وتبين له بعد ذلك فساد اعتقاده فلا يمنع ذلك من صحة البيع (د ، ٩١ ،
 ٣٥٢ ، ١) وإذا اشترت حصاناً لا اعتقادي بنفوق أحد حصني فلا أستطيع
 بعد ذلك ابطال البيع إذا ثبت فساد اعتقادي والخلاصة أن الغلط في واقعة
 أجنبية عن التعاقد لا تؤثر في صحته . على أنه توجد حالتان يؤثر فيهما الغلط
 على صحة التعاقد وهما :

(١) إذا علق التعاقد صراحة أو ضمناً على ظرف خارجي كما لو
 اشترت حصاناً وكان مفهوماً بين المتعاقدين أن يتفسخ البيع إذا لم يثبت خبر
 نفوق أحد حصني

(٢) إذا كان الغلط الذي دفع أحد العاقدين الى التعاقد حاصلًا بفعل
 العاقد الآخر . على أن الفساد في هذه الحالة يكون أساسه الغش والتدليس .

٢٧١ — **الغلط الكسائي** . إذا تم التعاقد فلا يجوز ابطاله بسبب الغلط
 المادي erreur matérielle أو زلة القلم erreur de plume أو الخطأ الحسابي
 erreur de calcul ويجوز للمحكمة أن تجري مقتضى العقد وتصحح الغلط
 مسترشدة في ذلك بنية المتعاقدين :

ويسهل أحياناً تصحيح الغلط بالرجوع الى نفس الصك المثبت للتعاقد
 فقد يتبين أن البيان المغلوط مذكور على صحته في موضع آخر . ولكن إذا
 لم يكن في الاستطاعة اكتشاف تناقض في عبارة العقد وكان التعاقد غير جائز
 اثباته بغير الكتابة فهل يجوز اثبات الغلط بالبيئة ؟ الرأي الصحيح هو جواز
 الاثبات بالبيئة لأن الفرض من الاثبات تصحيح العقد واثبات واقعة كان
 من المتعذر الحصول على إثباتها بدليل كتابي (د ، ٨٧ ، ٢ ، ٢٥٩ ، وم ٢ يناير
 سنة ١٩٠٨ ق ج ٤٦ ، ٢٠)

٣٧٢ — **الغلط الحاصل في القانون** . لم يشر القانون المصرى الى الغلط الحاصل في فهم القانون *erreur de droit* وقبل أن نفيض في شرح هذا النوع من الغلط يجب أن نفرق بين نوعين من الغلط في القانون :

(١) يحدث كثيراً أن تتضارب آراء الشراح وتتناقض أحكام المحاكم في المسألة الواحدة فإذا أخذ أحد العاقدین برأى من الآراء ورجحه على بقية الآراء الأخرى فلا يجوز له أن يطعن في العقد بسبب الغلط في فهم القانون .

(٢) انما توجد مبادئ قانونية ثابتة ومقررة لا خلاف فيها بين الشراح وبين أحكام المحاكم . فإذا قضى القانون بأنه لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مقابل على خط مستقيم بمسافة أقل من متر واحد (م ٣٩ / ٦١ مدنى) فلا محل بعد ذلك للجدل أو المناقشة . أو اذا قضى القانون بأن من بنى منزلاً بأدوات مملوكة لغيره وجب عليه دفع قيمتها ولا يسوغ للمالك الأدوات أن ينتزعها من موضعها (م ٦٤ مدنى) فهذه أيضاً قاعدة لا تقبل الجدل وثابتة ثبوت القوانين الطبيعية كقانون الجاذبية . فإذا تعاقد شخص بسبب غلطه في تفهم هذه الحقائق القانونية الثابتة جاز له أن يطلب ابطال العقد كما لو كان الغلط وارداً على واقعة من الوقائع الجوهرية . والقائلون بهذا الرأى يعتمدون على الحجج الآتية : —

(١) لا محل للفرقة بين الغلط في الوقائع والغلط في القانون . فالشخص الذى تعاقد نتيجة غلطه في فهم القانون ، حقيق بالحماية ولا يختلف عن الشخص الذى تعاقد بسبب غلطه في الوقائع ما دام أنه ما كان ليتعاقد لو لم يخطئ في فهم القانون (كاتبان ج ٢ ص ٣٧٧) .

(٢) لو كان المشرع قصد التفرقة بين الغلط في الوقائع والغلط في القانون لذكر ذلك ولكنه اكتفى بذكر الغلط . والدليل على ذلك أن القانون الفرنسى (م ٢٠٥٢ مدنى فرنسى) لا يميز الطعن في الصلح اذا حصل نتيجة غلط في القانون . ويقضى القانون المصرى بأنه لا يجوز الطعن في الصلح إلا

بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع في الشخص أو في الشيء أو بسبب تزوير السندات التي على موجبها صار الصلح وتبين بعده تزويرها (م ٦٥٧/٥٣٥ مدني) وسكوت القانون المصري لا يدل على أنه قصد مخالفة القانون الفرنسي، ويقضى القانون الفرنسي بأن الاعتراف القضائي لا يجوز الرجوع فيه بسبب غلط في القانون (م ١٣٥٦ مدني فرنسي). ولم تشر المادة المصرية إلى هذه الحالة (م ٢٢٣/٢٩٨ مدني) وإشارة القانون للغلط القانوني في هاتين المادتين دليل على أنه قصد أن يعتبر هذا الغلط مفسداً للتعاقد في العقود الأخرى.

وهناك رأى آخر مقتضاه أن الغلط في القانون غير مفسد للتعاقد. والحجة التي يرتكن عليها أنصار هذا الرأي تلتخص في أنه من القواعد المقررة أن لا يقبل العذر بجهل القانون ignorantia juris neminem exusat لكن هذه القاعدة ليست واردة في القانون المدني ولا تصدق إلا في المسائل الجنائية حتى لا يفلت المجرمون من العقاب بدعوى جهل القانون. ويذهب بعض الشراح في فرنسا إلى وجوب الحكم ببراءة المتهم إذا أثبت أن الفعل المنسوب إليه صار معاقباً عليه بقانون لم يصل إلى علمه (جاروج ١ ص ٥٥٧). والخلاصة أن قاعدة عدم الاحتجاج بجهل القانون لا تسرى على المسائل المدنية.

ولأجل أن يستطيع العاقد أن يبطل التعاقد المبني على الغلط القانوني يجب عليه أن يثبت أن هذا الغلط هو الذي دفعه إلى الرضا (١) فإذا كانت المسألة محل خلاف واتفق المتعاقدون على وجهة نظر معينة ولم تأخذ بها المحكمة فيما بعد فلا يجوز إبطال التعاقد.

ويكثر وقوع الغلط القانوني في حالة الوفاء بزعم أن التعهد مشروع. وإذا كان أساس الاسترداد هنا هو شبه تعاقد إلا أن الوفاء الحاصل بطريق الغلط يعطى للبني حق الاسترداد سواء أكان الغلط في الوقائع أم في القانون.

(١) motif principal et déterminant de l'engagement نقض فرنسي ١٦

٢٧٣ — هل يشترط في الغلط المفسر للتعاقد انه يكون متبادلاً . يرى جمهور الشراح أنه لا يشترط لفساد التعاقد أن يكون الغلط حاصلًا من كل من المتعاقدين . فيكفي أن يكون أحد المتعاقدين وقع في الغلط للقول بفساد التعاقد وذلك للأسباب الآتية :

(١) لم يفرق القانون بين الغلط الحاصل من المتعاقدين والغلط الحاصل من أحدهما .

(٢) من القواعد المقررة أن عيوب الرضا كالتدليس والاكراه تفسد التعاقد إذا وقعت على إرادة أحد المتعاقدين . ولا محل لتطبيق قاعدة أخرى بالنسبة للغلط .

(٣) الغلط الحاصل في شخص المتعاقد مفسد للتعاقد ولا يشترط أن يكون مشتركاً .

وهذا الرأي على ما فيه من منطق قانوني يثير الملاحظات الآتية :

(١) لا يتفق هذا الرأي أحياناً مع العدالة فقد يشتري شخص صورة معتقداً أنها من رسم أحد مشاهير الرسامين بثمن يقل عن قيمتها بهذا الاعتبار على زعم منه أن البائع غير عالم بقيمتها الحقيقية ثم يتبين له بعد ذلك أن الصورة من رسم أحد الرسامين المجهولين . فليس من العدل في هذه الحالة أن تمكن المشتري من فسخ البيع . من أجل ذلك ذهب المحاكم إلى أنه يشترط أن يكون الغلط واقعاً من طرفي التعاقد للقول بفساد التعاقد وبشرط أن يكون الغلط وارداً على صفة جوهرية متفق عليها صراحة أو ضمناً أو مستفادة من قرائن الأحوال (١٠٥، ١٠٨٧، ٥)

(٢) إذا أجزأنا لمن كان سبباً في الغلط أن يطلب فسخ التعاقد وجب عليه أن يدفع للطرف الثاني الحسن النية تعويضاً معادلاً للضرر الذي لحقه بسبب عدم احتياط وخفة العاقد معه . ويقدر هذا الضرر على أساس المنفعة التي كانت تعود على العاقد الحسن النية في حالة عدم تعاقد مع هذا الشخص .

٢٧٤ — في الغلط الذي لا يؤثر به لا تأثير للغلط في العقد إذا وقع في غير ماذكر. والقاعدة العامة التي يشترشدها هي أن الغلط لا يؤثر في التعاقد إذا تبين أن أحد المتعاقدين كان يبرم الصفقة حتى لو كان واقفاً على أسباب الغلط. وبعبارة أخرى لا يؤثر في التعاقد إلا الغلط الجوهري فإذا كان الغلط وارداً على صفة ثانوية فلا يؤثر به مثال ذلك .

- (١) الغلط في يسر التعاقد لا يفسد التعاقد (د، ١٠٥٠، ١٠٧٥٠، ١٠٥٠).
- (٢) الغلط في الباعث على التعاقد لا يفسد الرضا الا اذا ذكر في العقد كشرط أساسي .

(٣) الغلط في الثمن أو القيمة (وراجع م ٣٣٦/٤١٩ مدني) .

(٤) الغلط في المادة المصنوع منها الشيء المبيع إذا كان الملحوظ وقت التعاقد القيمة الاثرية أو الفنية ومن باب أولى إذا كان الغلط وارداً على المادة المصنوع منها أحد الاجزاء الثانوية للشيء المبيع . كما لو بيعت ريشة *aigrette* باعتبار أنها ذهب وتبين أن دبوسها فضة عموها بالذهب فلا يكون هذا سبباً في فساد التعاقد متى تبين أن المادة المصنوع منها الدبوس لم تكن جوهريّة وقت التعاقد في رأي المتعاقدين (سم أول ديسمبر سنة ١٩٠٤ تق ج ٢٨٠١٧)

(٥) الغلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته ملحوظة وقت التعاقد

٢٧٥ — في اثبات الغلط . المكلف باثبات الغلط هو الطرف الذي يدعى وقوعه وتختلف كيفية الاثبات تبعاً لظروف الحال مع مراعاة الحالة الصحية والعقلية للمتعاقدين ويبلغ خبرتهم ودرجة تعليمهم .

٢٧٦ — في الآثار المترتبة على فساد التعاقد بسبب الغلط . يترتب على فساد التعاقد وقوع خسارة على المتعاقدين واستحقاقه تعويضاً خصوصاً اذا كان حسن النية وكان الغلط نتيجة لإهمال الطرف الثاني. ولكن إذا لم يمكن نسبة أي إهمال فـل يستحق التعويض ؟ من المبادئ الأساسية في القانون أن لا مسئولية بدون خطأ (*Bufoir: propriété et contrat p 595*) .

ولا تعرض مسائل التعويض غالباً إلا في الأحوال التي يقع فيها خطأ في إيصال العرض أو القبول . مثال ذلك : أرسل تاجر تليفراً إلى وكيله يأمره أن يبيع بضاعة معينة بثمن أدنى قدره ١٦٥ فرنكاً ولكن التلغراف الذي تسلمه الوكيل ذكر فيه أن الثمن ١٣٩ فرنكاً وبناء على ذلك باع الوكيل البضاعة بسعر ١٤٠ فرنكاً وقد قضت محكمة Amiens بأن البائع يجوز له أن يفسخ البيع بسبب انعدام الرضا (اميان ١١ مايو سنة ١٨٥٤، ٢٠٥٩، ١٤٧٠). ولكن هل يسأل مرسل التلغراف عن تعويض المرسل إليه بسبب ما أصابه من الضرر؟ يرى جمهور المحققين أن المرسل مسئول عن تعويض الضرر (ليون كان ج ٣ بند ٢٣) وتلخص أسانيدهم فيما يأتي :

(١) اختيار المرسل التلغراف كطريقة لا يصلح إرادته إلى المرسل إليه يدل على أنه فضل هذه الطريقة على ما سواها مع علمه باحتمال وقوع أغلاط وقد كان في مقدوره أن يتخذ طريقة أخرى ولكنه لم يفعل وفضل الطريقة المحفوفة بالأخطار

(٢) يضمن مرسل التلغراف صحة وصول الرسالة بسبب اختياره هذه الطريقة المحفوفة بالأخطار والتي تعرض المرسل إليه للخسارة . لذلك يعتبر أنه ضامن ضمناً ما يحتمل وقوعه من الضرر على المرسل إليه .

(٣) تعتبر مصلحة التلغراف وكيلة عن المرسل . والقاعدة أن الموكل يسأل عن الأخطاء الحاصلة من الوكيل .

المطلب الثاني — في الاكراه — (Violence)

٢٧٧ — في الاكراه الذي لا يؤثر في الحقوق بوجه عام . تتأثر إرادة الأشخاص بقوة الظروف بكيفية تؤثر في الحقوق . وهذه القوة الخارجية تتخذ أشكالاً مختلفة قد تكون كارثة طبيعية كفيضان أو حريق أو طاعون وقد تكون هذه القوة من فعل الإنسان كالاكراه الحاصل من

عدو مسلح أو من غوغاء أو حمل شخص على آخر بالوعيد . وهذه القوة الخارجية على أية صورة كانت تؤثر في الحقوق فتعوق إنشاؤها أو تمنع أو تعدل كيفية مباشرة هذه الحقوق . والقاعدة العامة أن من يقع عليه الاكراه يحمية القانون من كل ضرر يحيق به إلا إذا أمكن نسبة خطأ اليه أو اذا كان مسئولاً عن الخطر أو الهلاك بمقتضى القانون أو الاتفاق فاذا التزم شخص بمقتضى القانون أو الاتفاق بأن يقوم بعمل في ميعاد معين ومنعته قوة قاهرة . من العمل في الميعاد المعين فلا يسأل عن تعويض الضرر الناشئ عن التأخير . وتسرى هذه القاعدة على الأحوال التي تمنع فيها القوة الخارجية من اكتساب الحقوق كما لو منع شخص بالقوة من التعاقد مع آخر فيجوز للكره أن يطالب المكره بالتعويض فلا يجوز لتقابة أن تمنع العمال بالقوة من العمل . لدى رب مصنع (د ، ١٩٠٣ ، ٢ ، ٣٣٩ ، وس ١٩١٢ ، ٢ ، ٩٧) .

وليس مرادنا هذا النوع من الاكراه الذى يمنع انعقاد العقود أو يحول دون نفاذها ولكن مرادنا الاكراه المعتبر عيباً من عيوب الرضا .

٢٧٨ — الاكراه المبطل للتعاقد . الاكراه هو حمل الانسان على ما يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه بالوعيد . ولا يكون الاكراه موجباً لبطلان التعاقد إلا إذا كان شديداً بحيث يحصل منه تأثير في ذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والانوثة (١٣٥م / ١٩٥مدن) . ويشير القانون فقط الى الاكراه الذى يحمل الانسان على الرضا خوفاً . مما يقع عليه لو لم يقبل ، كما لو صوب شخص مسدماً على آخر وخيره بين التوقيع على صك أو القتل فاذا اختار المكره التوقيع فيكون قد اختار أهون الشرين ، لذلك يعتبر مختاراً وراضياً بالتعاقد ولكنه ليس حراً في رضائه . ويجب أن نفرق بين هذه الحالة وحالة انعدام الارادة كامسك يد شخص واضطراره الى التوقيع على شيك فلا تعتبر الامضاء صادرة من المكره . وكذلك الحال بالنسبة لمن يقع تحت سلطة منوم مغناطيسى لا يعتبر راضياً

لأن أفعاله تصدر بإيحاء المتوم وهو ما يعدم الرضا باتاً وهذه التفرقة تقضى بها طبائع الأشياء وأخذت بها القوانين الحديثة (القانون المدنى الالماني مادة ١٠٥ و ١٢٣ وقانون التعهدات السويسرى مادة ٢٩) .

والا كراه الذى تشير إليه القوانين هو الذى لا يمنع انعقاد العقود . ولكنه موجب لفساد المشاركة بناء على طلب من وقع عليه الاكراه .

٢٧٩ - فى شروط ~~الاكراه~~ . يشترط فى الاكراه المبطل للتعاقد توافر الشروط الآتية :

(١) لا يكون الاكراه مبطلاً للمشاركة الا اذا كان شديداً بحيث يحصل حته تأثير لذوى التميز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والانوثة فلا يشترط أن يكون الاكراه من شأنه أن يؤثر فى أقوى الناس وأثبتهم جناحاً .

(٢) يجب أن يولد الاكراه فى نفس المكروه الخوف من وقوع ضرر بليغ ولا يشترط فى الاكراه أن يكون واقعاً على الجسم أو المال بل قد يكون أدياً . ومثال الاكراه المادى تصويب منسدس على رأس انسان لخله على الرضا أو الضرب المبرح لكن الغالب أن يكون الاكراه أدياً كالتهديد بالأذى عند عدم الرضا أو النيل من شرف الشخص . وتقدير الظروف التى يستفاد منها الاكراه متروك للبحاكم .

(٣) يجب أن يقع الوعيد على نفس الشخص الخائف أو أحد أقربائه فلا يشترط أن يقع الاكراه على شخص المتعاقد بل يصح أن يكون موجهاً الى أحد أصوله أو فروعه أو الى أحد الزوجين أو أحد أصدقائه .

(٤) يجب أن يكون الاكراه حاصلًا وقت التعاقد . أما الأذى الذى يلحق المكروه فلا يشترط فيه ذلك إذ الغالب أن يكون مستقبلاً .

(٥) يجب أن يكون الاكراه مخالفاً للقانون فاذا كان نتيجة استعمال حق قانونى فلا يكون مفسداً . للتعاقد . فاذا هدد الدائن مدينه بالتنفيذ على أمواله إن لم يقرر رهناً لمصلحته أو اذا هدد السارق بالتبليغ إن لم يرد الشئ

المسروق ويدفع تعويضاً كل هذا لا يعتبر اكرهاً . كذلك لا يعتبر اكرهاً طلب تحويل الدين الطبيعي الى دين مدنى كما لو عاشر رجل امرأة عدة سنين ثم هجرها فهدته باذاعة ما كان بينهما من علاقة إن لم يعوضها عن الضرر الذى لحقها بسبب تركها . إنما يجب أن لا يكون استعمال الحق أداة للنصب وابتزاز أموال الغير بلا وجه حق وإلا اعتبر اكرهاً وذلك لأن استعمال الحقوق لا يجوز أن يكون بأى حال من الأحوال وسيلة للاستيلاء على أكثر مما يوجب القانون . والأمثلة على ذلك كثيرة : فالتهديد باظهار الافلاس وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن لاقتضاء ديونه من مدينه التاجر لكن اذا استعمل الدائن هذه الوسيلة للحصول على أكثر مما يستحق اعتبرت اكرهاً (سم ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ تق ج ٩ ، ٥٨) والقبض على شخص متلبس بجرمة يعرضه للعقوبات الجنائية والتعويض المعقول . لكن يجب أن لا يستفيد المجنى عليه من هذا الظرف فيحصل على مبلغ جسيم كما لو دام زوج رجلاً مع زوجته فى المحل المخصص للحريم بحالة مريبة وحمله على التوقيع على سند أو كميالة (د ، ٥٤ ، ٢ ، ١٨٩) ومحل البحث هنا هو معرفة ما إذا كان المكره يقصد حقيقة استعمال حق مشروع أم أنه يتخذ حقه ذريعة لابتزاز أموال الناس . وتقدير هذه الظروف متروك للمحاكم .

ولكن هل يعتبر خوف الفروع من الأصول المبني على الطاعة اكرهاً ؟ لا نزاع فى أنه لا يعتبر اكرهاً اختيار شخص العمل بكيفية معينة ارضاء لشخص آخر . ولكن يمكن القول من جهة أخرى بأنه اذا كانت علاقة شخصين ببعضها علاقة سيد بمسود أو علاقة رئيس بمرؤوس فالتهديد الحاصل من أحدهما على الآخر قد يعتبر اكرهاً مفسداً للتعاقد ولو كان بطبيعته طفيفاً لو لم توجد بينهما هذه العلاقة تخوف الزوج من غضب زوجها أو خوف الخادم من غضب سيده يعتبر اكرهاً أدياً (أوبرى وروج ٤

٢٨٠ - أمثلة على الاكراه الادبي . المحاكم هي التي تقدر ظروف الحال وتستخلص منها صحة أو فساد التعاقد بسبب الاكراه . ونورد فيما يلي أمثلة على الاكراه الادبي : هدد مدير شركة بعض المستظمين بالطرد إن لم يوقعوا على كيبالات (د ٩٣ ، ٢ ، ٣٥٩) . استغل قسيس مخاوف شخص مريض في مرض الموت وحمله على تحرير وصية لآخر (د ٦٤ ، ١ ، ٣١٠) . هدد زوج زوجته باقامة دعوى الزنا إن لم توقع على مخالصة (د ١٩٠٣ ، ١ ، ٣٠١) . هددت شركة تأمين بالتبليغ عن أب المستأمن بأنه وضع النار عمداً في المباني المؤمنة إن لم يتنازل عن حقه في التعويض (س ، ١٠٨١ ، ٢٤٢) . هدد أفراد فرقة موسيقية مدير المحل بالاضراب عن العمل في اليوم المحدد للعمل ، هدد شخص آخر بالافضاء الى خطيبته بأشياء ماسة بكرامته (د ١٩٠٢ ، ٢ ، ٤٧٤) . هدد ابن والده بالانتحار أو الانتحار بفرقة طيران إن لم يقبل الوالد التعاقد معه على شيء معين .

٢٨١ - في الاكراه الحاصل من غير المتعاقدين . سنرى فيما بعد أن التدليس لا يجوز الاحتجاج به إلا على فاعله . ولا تسرى هذه القاعدة على الاكراه فيجوز الاحتجاج بالاكراه ولو لم يكن حاصلًا بفعل أحد المتعاقدين أو كان جاهلاً به . وقد أشارت المادة ١١١١ من القانون المدني الفرنسي الى هذه الحالة أما القانون المصري فقد أغفلها لكنه لم يقرر قاعدة مخالفة لها . وحكم بأن المشرع المصري لم يقصد مخالفة القانون الفرنسي (سم ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ج ١٣ ، ١٧١) وهذه التفرقة قديمة ترجع الى القانون الروماني ويمكن تبريرها بالاعتبارات الآتية :

(١) من العسير أن يحمي الانسان نفسه من الاكراه في حين أن الانسان يستطيع أن يحمي نفسه من الغش والتدليس وذلك لأن المكره يحمل على سرعة البت فيما يعرض عليه فاذا هدد شخص آخر بالقتل إن لم

يوقع على عقد في صالح شخص ثالث فلا محل للتفكير أو لارجاء الأمر الى وقت آخر. وفي الواقع تعتبر ارادة العاقد غير حرة . لكن اذا حاول شخص أن يقنع شخصاً آخر بالتوقيع على عقد بطريق التدليس ففي مقدور هذا الأخير أن يترث في الأمر وهذه الحالة يجب أن تثير شكوكه بسبب الاحاح في توقيع عقد ليس له مصلحة ظاهرة في إبرامه .

(٢) اذا اضطربت الاحوال فقد يستطيع رئيس عصابة أن يحمل شخصاً على التعاقد لمصلحة كل أفراد العصابة وليس من العدل في هذه الحالة أن نكلف المكره على إقامة الدليل بعلم كل أفراد العصابة بالاكره الحاصل وقت التعاقد .

٢٨٢ — في محكم التعاقد في ظروف قهرية او عارضية . يحدث أن يتواجد شخص في ظروف قهرية ويتعاقد في هذه الظروف التي لم يكن للطرف الثاني مدخل فيها كما لو اختطف عصابة من الأشقياء رجلا وتعهد المخطوف أن يدفع مبلغاً جسيماً الى شخص نظير مساعدته له على الفرار مع اقراض أن المتعهد له ليس له شأن بالخطف . أو اذا شارفت سفينة على الغرق ومرت بها في هذه اللحظة سفينة أخرى ولم يقبل ربانها المساعدة على النجاة إلا نظير مبلغ جسيم غير متناسب مع الجهد المبذول . يرى بعض الشراح أن التعاقد يجوز إبطاله بسبب الاكره بشرط أن يقضى بتعويض معقول الى الطرف الثاني (ليون كان ج ٦ ، ١٠٧٠) وقد أخذت المحاكم المختلطة بهذا الرأي فأجازت ابطال التعاقد الحاصل لنجاة سفينة بسبب عدم حرية ارادة القبطان (٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ تق ج ١١ ١٦٦٠) والظاهر أن هذا الرأي متفق مع عبارة المادة ١٣٢/١٩٣ مدني .

المطلب الثالث - في التدليس (Du Dol)

٢٨٣ - تعريف : التدليس هو كل ما يقع من أحد المتعاقدين من ضروب الخلل والاستهواء وقت التعاقد ليولد اعتقاداً غير صحيح يحمل المتعاقد الآخر على التعاقد ، وتقول المادة ١٣٦ / ١٩٦ مدني « التدليس موجب لعدم صحة الرضا اذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتباً على الخيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى » .

٢٨٤ - في ارطاة التدليس . للتدليس ركنان ، ركن مادي وركن معنوي

(١) في الركن المادي : تفترض المادة ١٣٦ / ١٩٦ م استعمال خيل بمعرفة أحد المتعاقدين للقول بوجود التدليس . والمقصود من الخيل الطرق الاحتمالية التي يعتمد عليها أحد المتعاقدين بقصد ادخال الغش على المتعاقد الآخر . ولكن هل يشترط حصول فعل إيجابي يلقي في روع المتعاقد صدق الوقائع أم يكفي مجرد الكذب أو عدم البوح بما يجب افشاؤه ؟ ترى المحاكم المختلطة في بعض أحكامها أن الكذب البسيط *le simple mensonge* لا يكفي لتكوين التدليس المفسد للرضا وأنه يشترط في الطرق الاحتمالية أن تكون مؤثرة بطبيعتها في الرجل ذي الذكاء العادي ، أما الكذب البسيط الذي يسهل اكتشافه فلا يعتبر من الطرق الاحتمالية (سم ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ تق ج ٢٨ ، ٤٨) والظاهر أن المحكمة اعتمدت في حكمها على أن الكذب لم يكن الباعث على التعاقد . اذ أنه من الخطأ أن نقرر بصفة عامة أن الكذب لا يعتبر تدليساً وأنه لا يفسد الرضا بل يجب أن نبحث ظروف الحال لتعرف مبلغ ما كان للكذب من تأثير في ارادة المتعاقد . فن الأمور المشاهدة في التجارة أن يبالغ التاجر في ذكر محاسن بضاعته ويتريد في القول ويختلق أشياء ليست

صحيحة ، وما دام التاجر ملتزماً بحدود الاطراء العام فلا يعتبر مدلساً مهما كانت بياناته ملفقة ومخترة ، والسبب في ذلك هو أن المشتري في مقدوره أن يتحقق من صحة البيانات التي يدلي بها التاجر ولا يمكن أن يخدع بها وقد أممي لاروميير هذا الكذب التدليس المباح *dol toléré* (سم ٣ أبريل سنة ١٨٩٧ تق ج ٩ ، ٢٦٣) فقد يتغنى مالك عقار بمزاياه ، ويتحدث مؤسسو شركة عن مستقبلها الزاهر ، لكنهم ما داموا ملتزمين العموميات فلا تدليس (١ ، ٦٢٥ ، ٤٤٩) إنما اذا أفضى البائع بيانات كاذبة ومعينة حملت المشتري على الرضا فيعتبر هذا تدليساً حتى لو كان البائع لم يلجأ الى حيل *mise en scène* ويتبين التدليس بمجرد اذا اقترن الكذب بواقعة تؤكد . ولتأت ببعض الأمثلة : أراد بكر أن يبيع أسهماً الى خالد . وأعطى بكر قبل ذلك الى زيد الخيار في شراء السهم بسعر ٢٦٠ فرنكا وتمسك بكر من حمل زيد على أن يكتب الى خالد خطاباً يقول فيه أن السهم ثمنه ٢٩٠ فرنكا واشترى خالد أسهماً بسعر ٢٩٠ فرنكا اعتماداً على هذا الخطاب (١ ، ١٩١٠ ، ٥٢٨) .

ألقى في روع شاب أن يشتري مخطوطات قديمة منسوبة الى أحد مشاهير الكتاب *Saint-Simon* على أن يكون له امتياز نشرها واستدعى البائع شخصاً ادعى أنه اخصائي في نشر هذه المخطوطات وتبين أن هذه المخطوطات معروفة من قبل وموجودة في دار الكتب *Bibliothèque Nationale* وان معظمها ليس من تأليف هذا الكاتب أو على الأقل مشكوك في نسبتها اليه (١٩٠٣) .

١ ، ٣٠٢) اشترك شاب غر في شركة اعتماداً على ميزانية ملفقة .

أما فيما يخص بالكتمان *réticence* فالقاعدة العامة انه لا يعتبر تدليساً بالمعنى المقصود في المادة ١٣١/١٩٦ م (سم ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ تق ج ٢٧ ، ٣٥٠) فأحد طرفي التعاقد غير ملزم بوجه عام أن يفضي الى الطرف الثاني بكل المعلومات التي لديه ليتمكن من البت فيما يعرض عليه ، ومن باب أولى.

لا يلزم بابطاء رأى معين فاذا اشترى شخص قطعة أرض لأجل إقامة فندق فليس البائع ملزماً بأخبار المشتري بأن هذه الفكرة سخيفة وأنها ستجر عليه الخراب وأنه يغامر بأمواله

لكن هذه القاعدة ليست صحيحة على إطلاقها بل يرد عليها قيد مهم . وهو أن لا يفرض القانون على أحد طرفي التعاقد البوح بالمعلومات التي لديه (بلانيول بند ١٠٦١ وكاتبان ص ٢٨٤) ويسنئ هذا النوع من التدليس . والتدليس السلبي *doi négatif* مثال ذلك ما أشارت إليه المادة ٣٧٤/٣٠٠ من القانون المدني المتعلقة بضمان البائع التعرض القانوني الحاصل للمشتري ، فهذه المادة تلزم البائع أن يفضى الى المشتري بالحقوق العينية المقررة على العقار (سم ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ قج ٢١ ، ٢٧٧) ، والبائع لعقار أو لمنقول ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع اذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له (م ٣١٣ و ٣٢١/٣٨٧ و ٣٩٦ مدني) ويعتبر تدليساً عدم اخبار البائع عن عيب في حصان كالرفس . والمشتري هو الذى يكلف باقامة الدليل على علم البائع بهذا العيب وعدم بوحه به (د ، ١٩١٢ ، ٢ ، ٩٧) ويرى الشراح أن اشتراط البائع عدم الضمان لا يخليه من تعويض الضرر المترتب على تدليسه (بودرى ، البيع بند ٤٢١) وحكم في فرنسا أن الحوالة الحاصلة لمصلحة وكيل مكلف بتحصيل الدين يجب ابطالها بسبب الغلط والتدليس اذا كان المحال لم يخبر المحيل بكل الظروف المحيطة بالدين وأمكنه بهذه الكيفية أن يشتري الدين بضمن بنحس في حين أن تحصيل الدين بأكله من المدين كان محققاً (د ، ٦٣ ، ١ ، ٣٠٢) وحدث أن فريقاً من الأتراك المعوزين الآمين باعوا ديناً الى أحد اليونانيين المقيمين في مصر بضمن أقل كثيراً من المبلغ الذى استطاع اليونانى أن يحصله من المدين فقضت محكمة الاستئناف المختاطلة بفساد الحوالة بسبب اخفاء المحال عن المحيلين بعض الحقائق المادية (سم

١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ (ق ج ١٤، ٣٤٧٠)، ويتعرض عقد التأمين للبطلان إذا أخفى المستأمن عن المؤمن حقائق تؤثر في الخطر الذي يتعرض له المؤمن، وإذا كان واجب البوح والافاضة بالحقائق التي يعلمها أحد المتعاقدين ظاهراً في الحوالة والتأمين إلا أن هذا الواجب لا يظهر بجلاء في العقود الأخرى. لكن المحاكم لما سلطة التقدير تبعاً لظروف الحال كملافة المتعاقدين، إنما إذا تحققت المساواة بين المتعاقدين وكان في مقبورهم أن يعانوا ويفحصوا موضوع التعاقد فلا محل للقول بالتدليس بسبب الكتان

(٢) في الركن الأدبي: يجب أن يتوافر لدى المدلس نية التدليس أي نية استهواء المتعاقد وإيقاعه في الخطأ، لذلك لا يعتبر الإهمال تدليساً بسبب عدم توافر نية التدليس.

٢٨٥ — في شروط التدليس المفسد للرضا. يشترط في اعتبار التدليس مفسداً للرضا أمران:

(١) يجب أن يكون التدليس هو الدافع الحامل على التعاقد *cause déterminante du contrat* وهو ما صيرحت به المادة ١٣٦/ ١٩٦ حيث اشترطت لوقوع التدليس أن يكون رضا أحد المتعاقدين مترتباً على الخيل بحيث لولاها لما رضى. ولا شك في أن هذه مسألة نسبية تختلف من شخص إلى آخر فليس للحكمة أن تبحث فيما إذا كان التدليس كافياً لخدع رجل عاقل. فالشاب البغري سهل خدعه (د، ٣، ١٩٠٣، ٣٠٢) والرجل الذي أضعفه المرض أو السن أو تعاظم المخدرات والمسكرات يسهل خدعه (د، ٢٨١، ٢٨٤) والنساء الممنوعات من الخروج لقضاء حوائجهن — ذوات الخثر — يسهل وقوعهن في شرك المدلسين في حين أن المسافرين أو المحترفات بحرفة معينة أشد مراساً وأبعد منالا. والأشخاص الآميون يسهل خدعهم (سم ١٣ يناير سنة ١٩٠٢ ق ج ١٤، ٣٤٧٠) لكن أمهر الطرق الاحتيالية وأوقعها في

النفس لا يعتبر تدليساً مفسداً للرضا اذا تبين للمحكمة أنها لم تؤثر في اعتقاد المتعاقد وأنه كان محيطاً بكل الحقائق (سم ٣ يونيو سنة ١٩١١ تق ج ٣٣ ، ٣٥١ وسم ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ تق ج ٢٢ ، ٢١١ وسم ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ تق ج ٢٤ ، ١٦٤)

ولا يشترط في الغلط الحاصل بتأثير التدليس أن يكون جوهرياً فاذا كان الغلط في قيمة الشيء المبيع أو في يسر أحد المتعاقدين لا يعتبر غلطاً جوهرياً مفسداً للتعاقد إلا أن وقوع هذا الغلط من طريق التدليس يكفي لفساد الرضا (كابتان ج ٢ ص ٢٨٥ وأوبري وروج ٣ بند ٣٤٣ مكرر)

(٢) يشترط في التدليس كما جاء في النص العربي للمادة ١٣٦/١٩٦ من القانون المدني أن يكون حاصلاً من المتعاقد الآخر . ولم يرد هذا الشرط في النص الفرنسي ولا في الترجمة الانكليزية للقانون المدني وإذا كان النص العربي هو في الواقع ترجمة النص الفرنسي إلا أن النص العربي هو النص الرسمي الذي يجب الرجوع اليه والتعويل عليه^(١)

وهذه القاعدة مأخوذة من القانون الروماني (جيرار ص ٤٦٢) ويمكن تبريرها نظرياً بالكيفية الآتية : إن القول بإبطال التعاقد بسبب التدليس ، الحاصل من الغير لا يتفق مع العدل ويفضي الى تحميل المتعاقد البريء جريرة شخص مذنب ويجوز لمن أدخل عليه التدليس أن يطالب المدلس بالتعويض لكن التدليس يفسد الرضا اذا اشترك أحد المتعاقدين مع الغير في ارتكاب التدليس ، ولا يشترط أن يكون الاشتراك فعلياً فيكفي أن يعلم أحد المتعاقدين بالطرق الاحتمالية التي يأتيها الغير على المتعاقد الثاني لفساد الرضا بسبب

(١) منشور لجنة المراقبة القضائية المؤرخ ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ مرة ١ المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية عدد ١٠٤ وحكم محكمة النقض المؤرخ ١٩ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية ج ١٩ عدد ١٩ . ويلاحظ أن عبارة النص العربي متفقة مع المادة ١١١٦ من القانون المدني الفرنسي

التدليس (بلائيول ج ٢ بند ١٠٦٣) والتدليس الحاصل من تمثيل أحد المتعاقدين يفسد الرضا . وإذا تعدد المتعاقدون ووقع تدليس من أحدهم على الآخر فلا يفسد الرضا كما لو اشترك شخص في شركة بتدليس أحد الشركاء ظل عقد الشركة صحيحاً (أوبرى وروج ٤ بند ٣٤٣ مكرر) وحكمت المحاكم المختلطة بأن التدليس الحاصل من أحد المتقاسمين لا يؤثر في عقد القسمة بسبب عدم قابليته للتجزئة إنما يجوز لمن وقع عليه التدليس أن يطالب المدلس بتعويض الضرر (سم ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ تق ١٩٧٠، ٤١٧).

والآن نتناول عن السبب في هذه التفرقة بين التدليس والغلط والاكراه فنقول بأن التدليس يفسد الرضا حتى لو كان الغلط الناشئ عن التدليس ليس جوهرياً ومن أجل ذلك وضع القانون شروطاً شديدة يجب توافرها ليكون التدليس مفسداً للرضا فاعتبر أن التدليس الحاصل من الغير لا يؤثر في صحة الرضا . وأن السبب في التفرقة بين التدليس والاكراه هو أن المجنى عليه في حالة الاكراه لا يستطيع الدفاع عن نفسه ولا يستطيع الامتناع عن التعاقد سواء أكان الاكراه صادراً من المتعاقد الآخر أم من غيره لذلك يتعين أن يكون الاكراه مفسداً للرضا حتى لو وقع من غير الطرف المتعاقد. أما التعاقد في حالة التدليس الحاصل من غير أحد المتعاقدين فيكون نتيجة اهمال المجنى عليه المتعاقد وتسرعه من غير أن يستفسر من المتعاقد معه عن حقيقة الأمر بعكس الحال بالنسبة للاكراه الحاصل من غير المتعاقد فهذا لا يكون نتيجة اهمال المتعاقد ولذا يصح القول بأنه مفسد لرضا من وقع عليه الاكراه (كابتان ج ٢ ص ٢٢٨).

٢٨٦ — في اثبات الترييس . يجوز اثبات التدليس بالبيئة وبقرائن الاحوال وذلك لأن التدليس يعتبر جريمة لحد ما . فاذا لم يكن في الاستطاعة اثباته بالبيئة وبالقرائن فلا جزاء (أوبرى وروج ٤ بند ٣٤٢ مكرر وسم

١٣ يناير سنة ١٩٠٤ تق ج ١٦، ١٠١ وسم ١٥ ابريل سنة ١٩٠٩ تق ج ٢١،
(٣٨٣) ويلاحظ أن الجائز اثباته بالبينة والقرائن هو التدليس الحامل على
التعاقد أما التدليس الحاصل في تنفيذ التعاقد فتسرى عليه قواعد الاثبات
العادية (سم ١٤ يناير سنة ١٠١٦ تق ج ٣٧، ١١٤).
ولا حاجة بنا الى القول بأن مايجوز اثباته هو الوقائع المعينة الصريحة
اما الادعاء بحصول التدليس دون بيان حقائق معينة فلا تلتفت اليه المحاكم
(سم ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ تق ٢٥، ٤١٧).

٢٨٧ — في التفرقة بين التدليس والغش . يفرق الشراح بين
التدليس dol والغش fraude فالتدليس هو ما يقع من احد المتعاقدين قبل
التعاقد . اما الغش فهو عبارة عن كل الأعمال الخيارة التي يقوم بها المدين الذي
لا يريد وفاء تعهداته كالتصرف في امواله اجتراراً بدائنه .

٢٨٨ — في مقارنة التدليس المدني بالتدليس الجنائي . يفرق الشراح
بين التدليس الجنائي criminel والتدليس المدني dol civil فالتدليس الذي
يعاقب عليه قانون العقوبات يسمى تدليساً جنائياً كالنصب وخيانة الأمانة
(٢٩٣ م و ٢٩٦ / ٣٠٢ و ٣٠٥ عقوبات) وهو يختلف عن التدليس المدني
في ان التدليس الجنائي يقتضى الحصول على مال الغير بلا وجه حق . وان
القانون لا يعاقب على التدليس في ذاته بل على السرقة .

الفرع الثالث — في موضوع العقود

٢٨٩ — في التفرقة بين موضوع العقد وموضوع التعهد . الغرض
من العقد انشاء تعهدات وليس بلازم ان يكون للعقد غرض واحد وذلك
لأن العقد هو عمل قانوني منشئ لتعهدات . فالعقد الثنائي ينشئ من تعهدين
أو أكثر كعقد البيع الذي يحمل كلا من البائع والمشتري تعهدات متعددة

يتعذر معها القول بأن أحد هذه التعهدات هو موضوع العقد أو الغرض منه لكن موضوع العقد وموضوع التعهد يختلطان في العقود الملزمة لطرف واحد كعقد الهبة كما لو تعهد بكر بأن يهب منزلاً إلى خالد فلا ينشأ عن هذا العقد إلا تعهد واحد وهو تعهد بكر باعطاء منزله إلى خالد . ففى هذه الحالة يمكن القول بأن موضوع العقد أو الغرض منه هو نفس الغرض من التعهد الذى أنشأه التعاقد وهو اعطاء المنزل . على اننا اذا توخينا الدقة العلمية امكنتنا أيضاً ان نفرق بين الغرض من التعهد والغرض من التعاقد فى الهبة ، فالغرض من عقد الهبة أو الأثر المترتب عليه هو انشاء تعهد باعطاء شيء أما الغرض من التعهد باعطاء شيء فهو الاعطاء بالفعل

فإذا كان الغرض من العقود هو انشاء تعهدات وان التعهدات الناشئة من العقود هى التى لها موضوع objet ، كان من الخطأ القول بأن العقود لها موضوع كما ذهب إلى ذلك القانون الفرنسى (م ١١٢٦) حيث لم يفرق بين موضوع العقود وموضوع التعهدات . وقد ادرك المشرع المصرى هذه التفرقة فلم يتكلم فى الفصل الخاص بالعقود عن موضوع العقود بل فى الفصل الخاص بالتعهدات على وجه العموم فقال فى المادة ٩٥ / ١٤٩ : يجب ان يكون الغرض من التعهد ... « يتيج عما تقدم ان عبارة « موضوع العقود » لا معنى لها لأن العقود ليس لها موضوع . والحقيقة انه لا مبرر لاستعمال هذه العبارة الا انها ايجاز حذف للدلالة على موضوع التعهدات المترتبة على العقود .

٢٩٠ - تعريف موضوع التعهد . موضوع التعهد هو ما يلتزم به المدين قبل الدائن ولا بد فى كل تعهد ان يرد على امر un fait يستطيع الدائن ان يقتضيه من المدين . والأمر الذى يكون موضوع التعهد إما ان يكون ايجابياً أو سلبياً ويسمى فى الحالة الأولى فعلاً prestation وفى الحالة الثانية تركاً

٢٩١ — في شروط موضوع التعهد . تقول المادة ١٤٩/٩٥ مدني
يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلاً ممكناً جائزاً والا كان باطلاً فإذا كان
الغرض منه إعطاء شيء وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيه ولزم
تعيينه ولو بالنوع وأد يكون صنفه مبيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب
الأحوال ، لذلك يشترط في موضوع التعهد توافر الشروط الآتية وهي :
(١) التعيين (٢) أن يكون فعلاً ممكناً (٣) أن يكون مما يصح تملكه
(٤) أن يكون التعهد خاصاً بشخص المدين

المبحث الأول — في تعيين موضوع التعهد

٢٩٢ — في تعيين موضوع التعهد . يجب أن يكون موضوع التعهد
معيناً ولو بالنوع وأن يكون صنفه مبيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب
الأحوال . فإذا لم يتوافر هذا الشرط في موضوع التعهد فلا تعهد كما لو
تعهد مدين أن يسلم حيواناً فالمدين يستطيع أن يبرأ من تعهده إذا سلم الدائن
حشرة أو إذا تعهد شخص أن يورد قمحاً بلا تعيين لكميته فيستطيع أن
يبرأ من تعهده إذا سلم الدائن حفنة وبهذه الكيفية يصير حق الدائن عبثاً
وإذا كان موضوع التعهد عيناً معينة corps certains كحصان معين أو
سجادة فلا يعتبر موضوع التعهد معيناً من حيث نوعه فقط بل معيناً من
حيث ذاته . وفي حالة بيع شيء معين تنتقل ملكيته بمجرد انعقاد العقد حتى
قبل التسليم (م ٢٢٦ / ٣٣٦ مدني)

إنما يجوز أن يكون البيع معيناً بالنسبة للنوع فقط in genere ولا يجوز
ذلك إلا في المثلثات . وفي هذا تقول المادة ٣٢٧/٢٦٠ د يجوز أن
يكون البيع شيئاً معيناً بالنوع فقط ، ثم قالت المادة ٣٢٨/٢٦١ بعد ذلك
« فإذا كان البيع معيناً بالنوع فقط لا يكون البيع معتبراً إلا إذا كان التعيين

يطلق على أشياء يقوم أحدهما مقام الآخر وكان البيع معروفاً بالوجه الكافي عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضا المتعاقدين المبني عليه صحيحاً ، وإذا كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقياس (م ٢٤٠ / ٣٠٦ مدني) ولا تنتقل ملكية البيع المعين نوعه فقط الا بتسليمه للبشترى (م ٢٦٨ / ٣٣٨ مدني) فإذا هلك قبل التسليم كان الهلاك على البائع والتزم بتسليم أشياء أخرى بدل المبيع لأن المثلثات لا تهلك إلا إذا أفلس البائع قبل التسليم فلا يكون للبشترى الا حق المطالبة بالثمن ولا يشترط في بيع المثلثات أن تكون كمية الأشياء المبيعة معينة فيكفي أن تكون قابلة للتعين كما لو اشترى صاحب مصنع ثمن معين الفحم اللازم لمصنعه خلال سنة فيسهل تعيين الكمية التي قصد اليها المتعاقدان اعتماداً على طبيعة التعاقد وعرف التجارة ومركز المتعاقدين .

المبحث الثاني - في امكان تنفيذ موضوع التعهد

٢٩٣ - يجب أنه يكون موضوع التعهد امراً ممكناً . من الأقوال المأثورة المستحيل لا يلزم *à l'impossible nul n'est tenu* فإذا تعهد شخص أن يرقى الى القمر أو يصل الى مرسيليا سباحة اعتبر تعهده باطلاً . لكن ما يعتبره الناس مستحيلاً في وقت ما قد يصير ممكناً في وقت آخر ، والشواهد على ذلك كثيرة كالطيران من أمريكا الى أوروبا عبر المحيط الاطلنطي فقد صار من الأمور المألوفة بعد نجاح لندبرج ، مع انه كان يعتبر منذ أمد قريب ضرباً من الجنون . ويشترط في الاستحالة المبطله للعقد أن تكون مطلقة ولا يمكن التغلب عليها . أما الاستحالة النسبية فلا تؤثر في صحة التعاقد : فإذا تعهد شخص أن يقوم بعمل ممكن لكنه لا يستطيع القيام به كان التعهد صحيحاً والتزم بالتضمينات كما لو تعهد شخص أى أن يضع

رواية في ظرف أسبوع أو يدفع تعويضاً فقد ترى المحكمة أن الأمر يقصد منه المازحة لكن اذا تبين للمحكمة أن التعاقد جدى فلا مانع من أن تحكم المحكمة بالتعويضات. وتظهر جدية التعاقد من كون المتعهد له يجهل استحالة القيام بوفاء التعهد من جانب المتعهد .

وإذا كان موضوع التعهد اعطاء شيء نشأت استحالة الوفاء من عدم وجود الشيء أما التعهد في ذاته فيعتبر ممكناً . ولا يعتبر الشيء غير موجود الا في حالتين

- (١) اذا كان موضوع التعهد شيئاً معيناً وهلك قبل التعاقد فلا يتعقد العقد
- (٢) اذا كان موضوع التعهد من الأشياء المثلية فعدم وجوده وقت التعاقد لا يؤثر في صحة التعاقد كبيع محصول أو بضاعة لم تصنع بعد والاستحالة النسبية الخاصة بشخص المتعهد الناشئة من كونه غير مالك لموضوع التعهد لا تؤثر في صحة التعاقد

وقد اعتبر القانون المصرى بيع الشيء المعين الذى لا يملكه البائع باطلاً إنما يصح اذا أجازاه المالك الحقيقى (م ٢٦٤ / ٣٣٣ مدنى) .

٢٩٤ — فى الأشياء المستقبلية: علينا أنه اذا كان موضوع التعهد تسليم شيء وجب أن يكون هذا الشيء موجوداً إذا تعاقد المتعاقدان على أساس هذا الاعتبار. ولا يوجد فى القانون المصرى أى نص يحرم التعاقد على الأشياء المستقبلية كما أنه لا يوجد أى نص يميز ذلك . وقد ظن البعض أن سكوت القانون المصرى يدل على أنه أراد أن يتبع أحكام الشريعة الاسلامية التى تشترط فى المبيع أن يكون مالا موجوداً وقت التعاقد (م ١٨٨م) مرشد الخيران) ولا مشاحة فى أن هذا الرأى يؤدى الى الغش لأن بيع الأشياء المستقبلية صار من الأشياء المألوقة التى تقع كل يوم . والذى يدل على صحة هذا النوع من البيع أن القانون المدنى ذكر فى المواد ٢٥٩ — ٢٦٤ / ٣٣٣ — ٣٣٦ الأشياء التى

لا يجوز التبايع فيها كبيع حقوق في تركه انسان على قيد الحياة ولم يحرم بيع الاشياء المستقبلية .

والذي دعا الى القول بتحريم بيع الاشياء المستقبلية ماقتضت به المادة ٣٣٠ مدني مختلط التي تقول « بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل » وليس لهذه المادة مقابل في القانون المدني الاهلي . وهذه المادة مأخوذة من الشريعة الاسلامية التي تحرم بيع الثمر قبل ظهوره والزرع قبل نباته والحمل (م ٢٨٩ مرشد الحيران) وقد عملت المحاكم المختلطة على تضيق مدى تطبيق هذه المادة مسترشدة بالقانون الروماني الذي يفرق بين حالتين : —

(١) قد يتفق صراحة أو ضمناً على أن لا ينعقد البيع إلا اذا وجد المبيع في المستقبل كما لو اشترى شخص الغلة المستقبلية أو نتاج ماشية معينة فاذا لم توجد غلة أو إذا تفق الحمل فلا يلتزم المشتري بدفع الثمن .

(٢) قد لا يتضمن التعاقد شرط وجود المبيع في المستقبل . وفي هذه الحالة يعتبر البيع من يوع الفرر aléatoires ويلزم المشتري بدفع الثمن وجد المبيع أم لم يوجد كما لو اشترى رجل ورقة يانصيب أو الناتج من لقاء شبكة في البخر فلا مشاحة في أن التعاقد هنا مضاربة ويدفع المشتري ثمن مخاطرة بحثه ويقل الثمن تبعاً لذلك : ثمن ورقة يانصيب هو طفيف بسبب ضآلة الأمل في ربحها إذا قورن الثمن بما تعطيه الورقة الأولى الراجعة .

وقد نهجت المحاكم المختلطة في تفسير المادة ٣٣٠ هذه التفرقة فقضت بأن ما تحرمه المادة هو بيع الغلة المستقبلية ذو الصفة الفررية فاذا اشترى شخص غلة مستقبلية وجدت أم لم توجد وسواء أكان الحصول جيداً أم رديئاً كان البيع باطلاً إذا كان الثمن مبالغاً فيه وغير متناسب مع الخطر الذي يتعرض له المشتري : أما اذا حصل البيع على أساس ثمن القنطار في السوق وقت التسليم اعتبر البيع صحيحاً (سم ١٥ فبراير سنة ١٩٠٠ تق ج ١٢ ، ١١٧ ، وسم ٨ مايو سنة ١٩١٢ تق ج ٢٤ ، ٢٣ يونيه سنة ١٩١٢ تق ج ٢٤ ، ٤٠٧) وقد اعتبرت

محكمة الاستئناف المختلطة أن بطلان بيع الحاصلات المستقبلية هو بطلان نسبي شرع في مصلحة البائع فاذا لم يتمسك البائع به اعتبر البيع صحيحاً (سم ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ ق ١٦ ، ١٣١) على أن محكمة الاستئناف المختلطة عادت بعد ذلك في حكم آخر قضت بأنه لا يجوز التمسك بالمادة ٣٣٠ مدني لبطلان العقود الحاصلة طبقاً للعرف الناشئ من ضرورات تجارة القطن التي تميز بملك الاراضي الزراعية بيع القطن قبل نباته أو بذره (سم ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ ق ج ٢٦ ، ٢٣٠).

٢٩٥ — في بيع التركة . تقضى المادة ٢٦٣/٣٣٢ بأن « بيع الحقوق في تركه انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه ، وقد حكم بطلان بيع عقار معلق نفاذه على وفاة أب البائع (مصر ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ مجموعة رسمية ٢١ ، ٤٤) وسبب تحريم هذا النوع من البيوع يرجع الى النظام العام لأن من له مصلحة في نفاذ البيع قد يعمل على تسجيل وفاة المالك . كذلك من شأن هذا البيع أن يمكن المرايين من الاستفادة من ظروف الحاجة التي يقع فيها الورثون المحتملون فيحصل الاولون على المبيع بثمان طفيف . وأخيراً يفضي هذا البيع الى عدم تحقيق المساواة التي يجب أن تسود بين الورثة . ويلاحظ أن أجازة مالك التركة لا تصح التعاقد ولا يسرى هذا الحظر إلا على البيوع الحاصلة عن أشياء يتوقع البائع أن يرثها . لذلك يعتبر صحيحاً تعهد الأب بدفع مهر الى ابنته بعد وفاته وكذلك يعتبر صحيحاً تعهد شخص بأن يدفع الى آخر مبلغاً من النقود بعد وفاة شخص معين اذا كان التعهد ملزماً للتعهد بقطع النظر عن حصوله أو عدم حصوله على شيء من تركه المتوفي .

المبحث الثالث — في إمكان تملك موضوع التعهد

وعدم مخالفته للقانون والنظام أو الآداب

٢٩٦ — يجب أنه يكون موضوع التعهد مما يصلح تملكه . يشترط في موضوع التعهد أن يكون من الأشياء الداخلة في دائرة التعامل بين الناس وإلى هذا الشرط أشارت المادة ٩٥ / ١٤٩ مدني فقالت : يجب أن يكون الغرض من التعهد مما يجوز التباع فيه ، والأصل أن كل الأشياء يجوز أن تكون موضوعاً للتعهد إلا ما استثنى بحكم القانون أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب . من ذلك الأملاك الأميرية المخصصة للنافع العمومية (٢٥ / ٩م) ، ٢٦ مدني) والأشياء الممنوع بيعها كالخشيش والحقوق السياسية والوظائف العامة وحقوق الأحوال الشخصية وحرية العمل وحرية التجارة

وسنفصل القول في العقود المخالفة للقانون والنظام والآداب فنقول :- من السهل أن نبين العقود المخالفة للقانون في حين أنه قد يتعذر أحياناً بيان العقود المخالفة للآداب أو للنظام العام . ويجب ملاحظة أن التعاقد لا يبطل لأنه يشتمل على شروط يحق بأحد المتعاقدين أو مخالفة للعدل . فقد يكون هذا النوع من العقود مخالفاً لحد ما للنظام والآداب ولكن من الخطر أن يعتبر هذا التعاقد باطلاً لأن القاضي يرى فيه اجحافاً بأحد المتعاقدين . وذلك لأنه من المبادئ المقررة في القانون المصري أن القاضي لا يجوز له أن يبطل التعاقد الصريح الحاصل بين المتعاقدين برضاهم الصحيح الخالي من كل الشوائب بحجة أنه مناقض للعدل (سم ٢٧٠ نوفمبر سنة ١٩١٩ قج ٣٢ ، ٣٦) فالحاكم لم توجد لاجل أن تراقب وتنظم الصفقات التي تحصل بين الأفراد إلا إذا كانوا من الطوائف التي يحميها القانون كالقصر والمعتوهين ولا شأن للحاكم مع عدام إذا عقدوا صفقات جنونية

ولنشرع الآن في بيان (١) العقود التي يحرمها القانون كالاتفاق على ارتكاب جريمة (٢) العقود التي لا يحرمها القانون لكنها مخالفة للآداب (٣) العقود التي لا يحرمها القانون لكنها مخالفة للنظام العام .

٢٩٧ — في العقود المخالفة للقانون . (١) اذا قضى القانون بعدم مشروعية عمل من الأعمال فكل اتفاق مخالف لما قضى به القانون يكون باطلاً مثل بيع ما لا يجوز التبايع فيه (م ٢٥٩ / ٣٢٦ مدني) واعطاء مبلغ من النقود الى شخص نظير ارتكابه جريمة . وكالاتفاق على فائدة تزيد على ٩ ٪ سنوياً والاتفاق على اعطاء موظف عمومي شيئاً لآداء عمل من أعمال وظيفته (م ٨٩ / ٩٥ عقوبات) وانشاء شركة لادارة محل قمار أو نصيب (م ٣٠٧ و ٣٠٨ عقوبات) والدائتون الذين يزيدون مقدار ديونهم بطريق الغش أو يشترطون لأنفسهم مع المقلس أو غيره مزايا خصوصية في نظير اعطاء صوته في مداولات الصلح أو التفضيلة أو يعقدون مشاركة خصوصية لنفهم واضراً يباقي الغرماء (٢٩٢ / ٣٠٠ عقوبات)

٢٩٨ — في العقود المخالفة للآداب . (٢) لأجل معرفة ان كان موضوع التعاقد مخالفاً أو متفقاً مع الآداب يجب أن نقيسه بمقياس الآداب الذي تواضع عليه الرأي العام أى الآداب المتعارفة بين الناس التي تعتبر مخالفتها غير مشروعة *illicite* بالنسبة للكافة أو بالنسبة لطبقة معينة من الناس ولا شك في أن هذا المقياس متغير من جيل لآخر ومن مكان الى مكان . والذي يستوقف النظر ان المحاكم في كل الممالك المتحضرة اعتبرت بعض عقود معينة مخالفة للآداب مع أنها تطبق قوانين مختلفة

والقاعدة العامة هي أن كل عقد يقضى بارتكاب منكر أو سهل اقراف المعاصي يعتبر باطلاً . مثال ذلك . الوعد باعطاء امرأة مبلغاً من النقود لانشاء أو لبقاء علاقة غير مشروعة (٢٠ اكتوبر سنة ١٩٢٠ ، س ١٩٢١ ، ٢٨٠١ وسم ١٥ غايوس سنة ١٩٠٧ تق ب ج ١٩ ، ٢٦ و ٢٣ يناير سنة ١٩١٩ تق

ج ٣١، ١٣٦) ويلاحظ أن الممنوع هو التعاقد الذي يكون الغرض منه التحريض على الفسق والفجور . أما إذا كان موضوع التعاقد دفع مبلغ من النقود الى خلية بعد انقطاع المعاشرة وانتهاء العلاقات غير المشروعة فالتعاقد صحيح ، وترى المحاكم الفرنسية أنه إذا كان الغرض من التعاقد تعويض المرأة عن الضرر الذي لحقها بسبب هذه العلاقة أعتبر التعاقد تكملة لتعهد طبيعي (نقض ١ : مارس سنة ١٩١٨ س ١٩١٨ ، ١ ، ١٧٠) ويترك تقدير المبلغ المتفق عليه لظروف الحال كاخلاق المرأة قبل نشوء العلاقة ومدة المعاشرة وسن ومركز المتعاقدين عند انتهاء المعاشرة . وإذا تبين للمحكمة أن المبلغ المتفق عليه مبالغ فيه جاز لها أن تخفضه الى الجبد المعقول ، وقد أخذت محكمة الاستئناف الاهلية بهذه القواعد (استئناف أهلى ١٣ يونيه سنة ١٩٠٩ ، ٣ مجموعة رسمية ج ١١ ، ٣) ويشترط لصحة هذا التعاقد أن يكون الغرض منه تعويض الضرر الواقع على المرأة بسبب المعاشرة أما إذا كان سبب التعاقد حمل المرأة على عدم البوح بهذه العلاقة بعد انتهائها كان التعاقد باطلا (د ، ٨٣ ، ٢ ، ٢٣٧) ويعتبر مخالفاً للأداب تأجير منزل للبناء أو حوالة اجارة منزل لأعباده لهذا الغرض (باريس ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ د ، ٢ ، ٩٠ ، ١٨٩ وبورى وبارد ج ١ بند ٣١٠) وقضيت المحاكم الانجليزية بأنه لا يجوز للبالك أن يطالب بأجرة دار أجرها الى امرأة يعلم أنها خلية خائفة kept mistress إذا كان خليلها هو الذى يدفع الاجرة بصفة غير مباشرة . ويعتبر مخالفاً للأداب الاتفاق على دفع مبلغ من النقود الى شخص لاجل أن يرتكب أمراً مخالفاً للأداب أو القانون كما لو تعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة أو بقطع علاقته مع امرأة متزوجة وذلك لانه لا يجوز للانسان أن يعتبر نقائصه وعيوبه الخلقية مورداً للكسب ووسيلة لا يتراز أموال الناس . كذلك يعتبر مخالفاً للأداب الاتفاق على دفع مبلغ من النقود الى شخص لاجل أن يقوم باداء الواجبات المفروضة عليه قانوناً فلا يجوز

للسارق أن يطالب مالك الأشياء المسروقة بمبلغ متفق عليه لرد الأشياء المسروقة ويجوز للمالك أن يسترد من السارق النقود التي استولى عليها من أجل هذا السبب. إنما إذا عثر شخص حسن النية على مكان الأشياء المسروقة جاز له مطالبة المالك بمكافأة مالية ليرشده على هذا المكان وذلك لأن هذا الشخص ليس ملزماً قانوناً بأعطاء هذه المعلومات ولكن إذا تعين قانوناً أن يقوم الانسان بفعل معين فلا يجوز له أن يطالب بشيء ما، كتعهد الوديع رد الوديعة أو المستعير برد العارية .

الوساطة في الزواج : يعتبر مخالفاً للأداب الاتفاق الحاصل مع الوسيط (الخطابة) لاتمام زواج نظير مبلغ معين من النقود وذلك لان الوسيط المأجور لا يتخرج عن الاتجاه الى أرذل الوسائل لاتمام العقد ويجب أن يكون الرضا في عقد الزواج خالياً من تأثير الغير الذي يعمل لتحقيق مصلحته المادية فيدلى بمعلومات غير صحيحة ويخفي بعض الحقائق ويؤثر في المتعاقدين واصدقاتهم لازالة كل عقبة تحول دون اتمام الزواج (نقض فرنسي أول مايو سنة ١٨٥٥ د ١٥٥، ٢٤٨) وقد أخذت المحاكم الاهلية بهذا المبدأ فقضت بأن الغرض من الزواج التناسل ويجب أن يقوم على اعتبارات أدية وأن لا يكون هناك مدخل لشخص يعمل على تحقيق أغراضه النفعية (محكمة عاب، ين سنة ١٩١٥ مجموعة رسمية ١٦، ٥٦) لكن المحاكم المختلطة لم تأخذ بهذا الرأي (سم ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ تق ٣٤، ٨٣) وتعتبر المحاكم الانجليزية أن سمسرة الزواج باطلّة marriage brokrag ويقول السير بولوك Sir F. pollock أن الاتفاقات التي من هذا القبيل تمنع حرية الرضا ومن شأنها أن تجعل التعاقد يقوم على اعتبارات غير لائقة وأجنبية عن الزواج (العقود Contracts الطبعة الثامنة ص ٣٦٦) ويعتبر القانون الالماني هذا التعهد طبيعياً (م ٦٥٦ من القانون المدني الالماني) .

يوجد في فرنسا فريق من الناس يتعهد بنجاح الروايات التمثيلية في دور

الممثل entrepreneurs de succès dramatiques ويتفوقون مع مديري المسارح على العمل على نجاح الرواية بطريق التصفيق claque ويرى بعض الشراح أن هذا النوع من التعاقد مخالف للأداب وأخذت بعض المحاكم الفرنسية بهذا الرأي (نقض فرنسي ٢٧ مايو سنة ١٨٤١ س، ١٠١٨٤١، ٦٢٣ وليون ٢٣ مارس سنة ١٨٧٣، د، ٦٨٠٧٢، ٦٨ وأوبرى وروج ٤ بند ٣٤٥) وسبب مخالفة هذا التعاقد للأداب يرجع الى أن الباعث على اعطاء التقود هو التصفيق أى الاستحسان غير المبني على التقدير الصحيح وأن هذا التصفيق المأجور يفسد ذوق الجمهور. إلا أن محكمة باريس اعتبرت أن هذا التعاقد صحيح (باريس ٥ ابريل سنة ١٩٠٠، د، ١٩٠٣، ٢، ٢٧٩) وقالت في حكمها إن هذا التعاقد لا يحدث تشويشاً في ذوق الجمهور وأن موثلي الروايات المسرحية يوافقون على هذا التعاقد وأن التصفيق الحاصل في وقت معين يعين الممثلين على التغلب على انفعالهم ويمكنهم من استعادة أنفاسهم، ومن العسير أن نقول بأن هذا النوع من التعاقد مخالف للأداب لأن المحاكم ليست مكلفة بالمحافظة على ذوق الجمهور الفنى لكن هذا التعاقد يصير باطلا إذا تبين من ظروف الحال أن مدير المسرح التزم بتحمل التعهد خشية أن يقوم المقاول entrepreneur بمظاهرات عدائية نحو الممثلين .

٢٩٩— في العقود المخالفة للنظام العام (٣) تقضى المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية بأنه لا يجوز للأفراد عقد اتفاقات مخالفة لقوانين متعلقة بالنظام العام . لكن المشرع عند ما يضع قانوناً لا يذكر إذا كان هذا القانون متعلقاً أو غير متعلق بالنظام العام . لذلك يتعين على المحاكم أن تبين هذه الصفة من نفس القانون . فالقوانين الدستورية والادارية والجنائية وقوانين الأحوال الشخصية تعتبر متعلقة بالنظام العام ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها :

ومن جهة أخرى فالشخص الذى يتمتع بأهلية التعاقد والتصرف قد يتنازل عن حق إعطائه له القانون لمصلحته الشخصية كحق التنازل عن التمسك بمضى المدة التى توافرت شروطها القانونية لعدم تعلق هذا الحق بالنظام العام وكحق التنازل عن حق ارتفاق (م ٦١/٣٩ مدنى) إنما لا يجوز للأفراد أن يعدلوا حق ارتفاق مقرر لمصلحة الحكومة (م ٥١/٣٠ مدنى) أو اذا كان حق الارتفاق متعلقاً بالصحة العامة . وحماية الناس تعتبر متعلقة بالنظام العام . ويمكن القول بأن كل تعاقد متخالف للنظام العام يعتبر باطلاً إما لأنه ضار بالدولة أو لأنه يسلب من الفرد بعض الحقوق التى يعتبرها القانون ذات صفة عامة . ولنشرع الآن فى بيان العقود التى تعتبر مخالفة للنظام العام .

(١) العقود التى تفرقل سير الأعمال الحكومية أو تمنع توزيع العدالة بين الناس أو تمنع الموظفين من اداء اعمالهم أو التى تبضع جانب الدولة اذا كانت فى جملة حرج كالاتفاق مع العدو على اعطائه معلومات فهذا العمل يعتبر خيانة وكالاتجار مع السكان المقيمين فى اراضى العدو حسب القانون الإنكليزى وآراء بعض الشراح الفرنسيين (ليون كان ج ١ بند ٢٠٩) . ويعتبر مخالفاً للنظام العام الاتفاق على قلب نظام الحكومة أو الاتفاق على تهريب بضائع تفاديا من دفع الضريبة الجمركية .

ويعتبر باطلاً التعهد باعطاء مبلغ من النقود إلى شخص ليستعمل نفوذه لدى الموظفين العموميين لحملهم على القيام بعمل يقع ضمن اختصاصهم كإتيان إنشاء سكة حديد أو توريد أشياء (نقض فرنسى ٣ ابريل سنة ١٩١٢ د ، ١٩١٥ ، ١ ، ٧١) ويعتبر باطلاً الاتفاق مع موظف على أن يقدم استقالته نظير حصوله على مبلغ من النقود . كذلك يعتبر باطلاً الاتفاق مع محام على التنازل له فى حالة الحكم لمصلحة موكله عن جزء من الاموال المتنازع عليها وكان الرومان لا يجرمون هذا التعاقد وكانوا يسمونه pactum de puota litis (أوبرى وروج ٤ بند ٣٤٥) ،

وسبب بطلان هذا التعاقد هو نفس السبب الذى من أجله قضى القانون بعدم جواز شراء المحامين الحقوق المتنازع عليها (م ٢٥٧ / ٣٢٤ مدنى) قى كلتا الحالتين يخشى كثيراً أن يستفيد المحامى من مركزه فيوقع الغبن بموكله الذى لا يتعاقد معه على قدم المساواة . وقد سار القضاء المصرى على هذه القاعدة وبخاصة لأن القانون يميز للمحاكم النظر فى أجره الوكيل وتقديرها كما ترى (م ٥١٤ / ٦٢٨) وتسرى هذه القاعدة من باب أولى على وكلاء الأشغال (سم ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ تق ج ٢٠ ، ٢٤٠ وسم ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ ج ٢٢٠ ، ٢٢١ وجازية المحاكم المختلطة محكمة اسكندرية الجزئية المختلطة ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ ج ٤ نمرة ٢٣٠) .

ويعتبر باطلا الاتفاق على أن لا يبلغ المحجى عليه عن جريمة نظير مبلغ من النقود لأنه مما يتناقض مع النظام العام أن يستفيد المحجى عليه من سكوته عن التبليغ ولو أنه ليس ملزماً قانوناً بالتبليغ . وكذلك لا يجوز الاتفاق سلفاً على التنازل عن توجيه اليمين الحاسمة (م ٢٢٤ / ٢٨٩ مدنى) لأن اليمين الحاسمة قد تكون طريقة لإثبات الوحيدة التى تكشف الخطأ عن حقيقة عقد مخالف للقانون كما لو ذكر سبب سند اذنى على خلاف الحقيقة أو كان سببه باطلا فلا سبيل لإظهار الحقيقة إلا بتوجيه اليمين الحاسمة (محكمة مصر التجارية المختلطة ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازية المحاكم المختلطة ٤ نمرة ١٦٣) ولا يجوز الاتفاق على التقاضى أمام محكمة غير مختصة لأن مسائل الاختصاص متعلقة بالنظام القضائى . فالمحاكم الأهلية غير مختصة بالمسائل المتعلقة بالدين العمومى التى تختص بنظرها المحاكم المختلطة وغير مختصة بالأحوال الشخصية أو بالبحث فى أصل الوقف (لائحة ترتيب المحاكم الأهلية مادة ١٦) إنما يجوز الاتفاق على أن يكون حكم القاضى الجزئى نهائياً فى حالة ما إذا كان موضوع الدعوى قابلاً للاستئناف (م ٢٧ / ٢٩ مرافعات) ويلاحظ أن ما يجوز الاتفاق عليه هى قواعد الاختصاص الشخصى *ratione personae* أما الدفع بعدم الاختصاص

النوع *ratione materic* فهو متعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفة قواعده (م ١٣٤/١٤٩ مرافعات) كما أنه لا يجوز الاتفاق على تخطي درجة من درجات التقاضى ورفع الدعوى أمام المحكمة العليا قبل أن تمر بالمحكمة الدنيا .

الصلح والتحكيم . يجيز القانون للأفراد الاتفاق على تعيين محكم بدلا من رفع النزاع الى القضاء انما يكون هذا الاتفاق باطلا بالنسبة للمسائل المتعلقة بالنسب أو بالنظام العام ولكن يجوز عمل الصلح في الحقوق المالية التي تنشأ عن مسائل النسب أو عن الجنح المخلة بالنظام العام (٥٣٣/٦٥٤ مدنى) ولا يشترط أن يكون النزاع موجوداً لجواز احالته على محكمين فيجوز الاتفاق على وجه الاطلاق باحالة ما ينشأ من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين للحكم فيه ويجوز لهم اشتراط الاحالة المذكورة للفصل في أمر مخصوص (م ٧٠٢/٧٩١ مرافعات) ويجوز استئناف حكم المحكمين في جميع الأحوال إذا أخلوا بقاعدة متعلقة بالنظام العام كما لو تجاوزوا حدود اختصاصهم أو إذا لم يفصلوا في أحد الطلبات المعروضة عليهم أو إذا أخلوا بحق الدفاع (سم ١٥ ابريل سنة ١٨٩٦ تق ج ٢٠٧، ٨) .

عضوية النوادي أو الجمعيات . إذا انضم شخص الى ناد أو الى أية جمعية قانونية فهو يقبل الخضوع لقواعدهما . وتقضى هذه القواعد عادة بفصل العضو أو بالحكم عليه بغرامة إذا أخل بقاعدة من القواعد المتفق عليها وبأن لا يكون له الحق في استئناف الحكم أمام المحاكم ، ومن القواعد المقررة في القضاء الفرنسى أن المحاكم لا يملن أن تتجرد بتاتا من اختصاصها بالنظر في هذه المنازعات لما يترتب على ذلك من مخالفة النظام العام (نقض ١٨ يونية سنة ١٨٧٢، ١٧٢، ١٠، ١٧٢، ٥، ٧٢، ٢، ١٧٢) فيجوز للعضو أن يرفع الأمر الى القضاء إذا توفع عليه جزاء أو فصل من الجمعية دون مراعاة الاجراءات المقررة في قانون الجمعية أو إذا لم تراعى في حق العضو مبادئ العدل كحرمانه

من حق الدفاع عن نفسه ، أو إذا اقتضى فصل العضو أغلبية أصوات الأعضاء ولم تبين في دعوة الحضور الأعمال التي تنتظرها الجمعية (محكمة ألست أول مايو سنة ١٩١٢ د ، ١٩١٧ ، ٢ ، ٩٦) .

الاتفاق على الإثبات بالبيئة : تقضى المادة ٢٨٠/٢١٥ مدني بأنه لا يقبل الإثبات بالبيئة في المسائل المدنية إذا كان المدعى به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش أو غير مقدرة ، فهل يجوز الاتفاق على قبول الإثبات بالبيئة إذا كان المدعى به يزيد على ألف قرش ؟ يرى فريق من الكتاب أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبيئة فيما تزيد قيمته على ألف قرش متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها (كاتبان ج ٢ ص ٢٢٥ و ٢٢٦ و بودرى ج ٤ بند ٢٥١٨) بسبب ما يعترض الإثبات بالبيئة من محاباة الشهود وسوء نيتهم ، ويرى فريق آخر عكس ذلك (دملوب ج ٣٠ بند ٢١٥ وهوك ج ٨ بند ٢٩٠) وأخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي الأخير فاعتبر المادة ١٣٤١ المقابلة للمادة ٢١٥ غير متعلقة بالنظام العام وأن أحد المتعاقدين يجوز له أن يتنازل عن الحماية التي أعطاها له القانون (نقض فرنسي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٣ د ، ١٩٠٤ ، ١ ، ١٨١) ونقض فرنسي ١٣ ديسمبر سنة ١٩١١ د ، ١٩١٢ ، ١ ، ١٥٨) ولكن هل يجوز الاتفاق سلفاً على أن كل المنازعات التي تنشأ بين المتعاقدين يجوز اثباتها بالبيئة إذا كانت بطبيعتها لا يجوز اثباتها إلا بالكتابة ؟

من المبادئ المقررة أن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام وذلك لأن القانون منح المتعاقدين ضمانات معينة وليس من المصلحة العامة أن نبيز لهم التنازل عنها سلفاً ^(١) . فإذا نشأ نزاع بين التعاقد فلكل متعاقد أن يتنازل عن طريقة الإثبات التي يشترطها القانون ولكن لا يجوز التنازل سلفاً عن هذه

(١) جو سران ج ٢ بند ٢٠٣

الحقوق قبل نشوء النزاع والشأن في ذلك كالشأن في التقدم فالمدين لا يجوز له التنازل سلفاً عن حق التمسك بالتقدم لكن يجوز للمدين عدم التمسك بالتقدم عند توفر شروطه (١٠٨/٨٠ مدني).

الاتفاق على الإثبات بالكتابة. إذا كان موضوع التعاقد جائز إثباته بالينة فيجوز الاتفاق على وجوب حصول الإثبات بالكتابة (سم ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ تق ج ٤٤٠، ٣٤).

الاتفاق على عدم القيام بالواجبات الوطنية. يعتبر مخالفاً للنظام العام كل اتفاق يقصد به تعهد شخص بعدم القيام بالواجبات الوطنية مثل عدم استعمال حق الانتخاب أو عدم الانتظام في الجيش مع فرض أن الخدمة العسكرية ليست الزامية (أوبري وروج ١١ بند ٦٩٢).

العقود التي تغير حرية الانصراف أو حرية التجارة أو المنافسة. من القواعد الأساسية في القانون المصري أن لكل شخص مطلق الحرية في التصرف في جهوده العضلية والعقلية وفي أمواله كما يرى وهذه الحقوق لا تسقط بمرور الزمان وكل اتفاق يجرد الشخص من التمتع بهذه الحقوق يعتبر مغايراً للنظام العام فلا اتفاق على أن يتمتع شخص من العمل بتاتاً بحرم الجمهور من الخدمات التي كان في مقدوره أن يؤديها إنما يجوز للشخص أن يحد من حريته لحد ما كما لو باع متجره أو أجر خدماته كما سيأتي تفصيل ذلك في محله. كذلك تقضى المصلحة العامة بأن تسود المنافسة بين التجار ولذلك يحرم القانون الجنائي الاتفاقات التي يكون الغرض منها تقرير أثمان اصطناعية.

لكن يجب أن لا يفترض أن حرية التجارة مطلقة فقد قيدها القانون من عدة وجوه فقضى بوجوب أن يكون المبيع من الأشياء الجائز الاتجار بها وعلق مزاوله بعض الحرف على توافر مؤهلات خاصة وقد تحتكر الدولة صناعة أو تجارة معينة أو تعطى حق الاحتكار إلى شخص أو أشخاص معينين وأخيراً قد ينقيد حق الاتجار بالاتفاق فإذا لم تكن هذه القيود الاتفاقية جائزة

لتأذت الحرية تحت ستار المحافظة عليها وتوجد حالات لا يستطيع فيها الشخص أن يحصل على أحسن ثمن لخدماته أو لأمواله إلا اذا قبل الحد من حريته فالتاجر قد يردد في تعيين مدير لمحله اذا كان لهذا الأخير الحق في أن يؤسس متجراً منافساً بعد انقضاء عقد استخدامه وبعد أن يكون قد وقف على أسرار المتجر . والتاجر الذي يريد أن يبيع متجره يستطيع أن يحصل على ثمن حسن اذا تعهد بأن لا ينافس المشتري الجديد . وقد يتعذر في هذه الحالات ومثيلاتها أن نعين العقود الجائزة والعقود غير الجائزة التي تنتهك الحرية وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر مخالفاً للنظام العام كل اتفاق يحرم على شخص تحصيل معاشه (سم ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ تق ٤٢، ٣٤) ولهذا الأسباب قضى القانون بأنه لا يجوز أن يكون إيجار المستخدمين والعملة والخدمة المنزلية إلا لزم من معين ، (م ٤٠٢ / ٤٩٠ مدني) . والافاق على عدم مزاوله شخص لحرفة ما يجب أن يكون مقيداً في الزمان والمكان فاذا شمل كل القطر كان باطلا (١٧ مايو سنة ١٩١١ س ١٣، ١٠ ، وسم ٧ ابريل سنة ١٩٢٠ تق ٣٢، ٢٦٠) ولكن قد يتبين من ظروف الحال أن تناول الاتفاق كل أنحاء القطر لا يبطل التعاقد والمرجع في ذلك الى حجم المتجر فالخطر على تاجر صغير مزاوله التجارة في جميع أنحاء القطر يعتبر باطلا لكنه يعتبر صحيحاً اذا كان متعلقاً بأحد كبار تجار الصادرات أو الواردات (سم ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ تق ج ٤٢، ٣٤) .

في تعطيل المزاوات : تقضى المادة ٣٩٩ / ٣٠٨ عقوبات بأن « كل من عطل بواسطة تهديد أو إكراه أو تطاول باليد أو نحوه مزاداً متعلقاً ببيع أو شراء أو تأجير أموال منقولة أو ثابتة أو متعلقاً بتعهد بمقاولة أو توريد أو استغلال شيء أو نحو ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة شهور وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين » . يترتب على ذلك أن كل اتفاق يقصد منه منع المنافسة في المزااد يعتبر باطلا .

التواطؤ على انعطاط ورفع الأسعار : أشار القانون الجنائي الى ذلك في المواد ٣٠٠ و ٣٠١ / ٣٠٩ و ٣١٠ فقال : الأشخاص الذين تسبوا في علو أو انعطاط أسعار غلال أو بضائع أو بونات أو سندات مالية معدة للتداول عن القيمة المقررة لها في المعاملات التجارية بنشرهم عمداً بين الناس أخباراً أو إعلانات مزورة أو مفتراة أو باعطائهم للبائع ثمناً أزيد مما طلبه أو بتواطئهم مع مشاهير التجار الحائزين لصنف واحد من بضاعته أو غلال على عدم بيعه أصلاً أو منع بيعه بثمان أقل من الثمن المتفق عليه فيما بينهم أو بأى طريقة احتيالية أخرى يعاقبون بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين فقط ،

« ويضاعف الحد الأقصى المقرر لعقوبة الحبس المنصوص عنها في المادة السابقة إذا حصلت تلك الحيلة فيما يتعلق بسعر اللحوم أو الخبز أو حطب الوقود والفحم أو نحو ذلك من الحاجات الضرورية » .

المبحث الرابع في تعلق موضوع التعهد بشخص المدين

٣٠٠ — يجب أنه يكون موضوع التعهد خاصاً بشخص المدين .
يجب أن يكون الأمر الذى يتكون منه موضوع التعهد متعلقاً بشخص المدين لأنه يستحيل عقلاً وبداهة أن يتعاقد الشخص عن غير نفسه بسبب استقلال الناس في شؤونهم الخاصة وعدم إمكان تصور التزام الشخص بتعهد رغم إرادته إلا إذا كان صغيراً أو معتوهاً فهنا يقوم رضا الممثل الشرعى مقام رضا عديم الأهلية . من أجل ذلك يجب أن لا يتعدى الالتزام نفس المدين . يترتب على ذلك أن التعهد بأمر متعلق بالغير عديم الجدوى إذ لا يستطيع المتعهد له أن يطالب الغير بوفاء التعهد لأن هذا الأخير لم يلتزم بنفسه بأى شئ .

إنما يجوز أن يتعاقد شخص على أنه في حالة عدم قبول الغير لهذا التعاقد يتعهد بدفع مبلغ معين ويسمى هذا العقد *promesse de porte fort* ويسمى هذا العقد « القبالة » والمتعهد القليل *le porte-fort*

٣٠١ — في القبالة . القبالة هي عقد يتعهد بموجبه شخص يسمى قبل بأن يحصل على رضا شخص معين بالتعاقد الذي أبرمه القليل مع المتعاقد معه . ولم تشر القوانين المصرية الى هذا العقد ولو أن القضاء أقره (سم ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ تق ٢، ٣١٣، وسم ١٣ مايو سنة ١٩٠٨ تق ٢٠، ٢١٤) ويقضى هذا التعهد التزام القليل بالحصول على توقيع الغير *rapporter la signature* لذلك يتعين على القليل أن يندل كل ما في وسعه لحل الغير على التوقيع من أجل ذلك يعتبر موضوع هذا التعاقد متعلقاً بنفس القليل أى الجهود والمساعي ، العقود التي يندلها لحل الغير على الرضا وبعبارة أخرى يعتبر القليل متعهداً بفعل شيء فاذا استطاع أن يحصل على الرضا برئت ذمته من التعهد وإذا لم يستطع ذلك اعتبر أنه لم يف بتعهدده ويلتزم بدفع تعويض .

٣٠٢ — في فوائد القبالة . عقد القبالة ذائع الاستعمال إنما يندر أن يكون موضوع تعاقد قائم بذاته بل يكون في الغالب تابعاً لعقد يهيم عدة أشخاص . وأكثر ما يكون في عقد القسمة إذا كان أحد الشركاء غائباً أو عديم الاهلية فلا تتم القسمة إلا إذا تعهد شخص بالحصول على رضا الغائب أو عديم الاهلية بعد بلوغه الرشد . كذلك إذا اراد ورثة أن يبيعوا عقاراً مملوكاً لهم على الشيوع وكان أحدهم قاصراً فتفاديا من نفقات الاجراءات القانونية وطولها يتعهد أحد الشركاء بالحصول على رضا القاصر عند بلوغه الرشد والغالب أن يتحمل أحد الشركاء القبالة على وجه التضامن في حالة عدم إمكان الحصول على رضا الغائب أو القاصر عند بلوغه الرشد .

٣٠٣ — في مفاد القبالة بالكفالة . الكفيل كالقيل هو شخص يتعهد عن الغير لكن القبالة تختلف عن الكفالة في أن القيل يتعهد فقط

بان الغير يرضى بالتعاقد أى يصادق عليه ويصير طرفاً ملتزماً به لكن القبيل لا يضمن نفاذ التعهد الذى ارتضاه هذا الشخص . فذمة القبيل تبرأ بمجرد قبول الغير للتعاقد . أما الكفيل فهو يلتزم بالوفاء عن المكفول الذى يقبل فوراً التعاقد . والكفيل يضمن وفاء التعهد إذا لم يقيم المكفول بالوفاء . وقد يكون شخص قبيلاً وبعد رضا الغير بالتعاقد يصير القبيل كفيلاً وفى هذه الحالة يعتبر كل من التعهدين منفصلاً عن الآخر .

الفرع الرابع — فى السبب — De la cause

٣٠٤ - تعريف . السبب هو الغرض المباشر الذى يدعو الناس الى التعاقد ويشترط لصحة التعاقد أن يكون مبنياً على سبب صحيح جائز قانوناً (م ١٤٨/٩٤ مدنى) والسبب الجائز قانوناً هو ما كان غير مخالف للقانون أو الآداب أو النظام العام . ويجب أن تفرق بين السبب والباعث . فالسبب *causa proxima* فى التعهد التعاقدى هو الغرض العاجل *immédiate* المباشر الذى يدفع المدين على تحمل التعهد . والسبب يظل واحداً غير متغير فى العقود التى من نوع واحد *cause remota* فهو الدافع الشخصى لكل واحد من المتعاقدين على التعاقد والباعث يختلف من شخص الى آخر لذلك يتعين السبب بطبيعة العقد وليس له علاقة بشخصية المتعاقد أما الباعث فهو الدافع النفسانى وهو بطبيعته يتعلق بشخصية المتعاقد الذى يدفع الشخص على التعاقد . لكن المحاكم لم تراع هذه التفرقة فخلطت بين السبب والباعث .

٣٠٥ - السبب فى عقود المعاوضة : السبب فى عقود المعاوضة هو الغرض القانونى الذى يعمل أحد المتعاقدين على تحقيقه من طريق الالتزام (١) السبب فى العقود الثنائية : يمثل العقود الثنائية عقد البيع . فالبايع يتعهد بنقل ملكية المبيع فى مقابل استيلائه على الثمن من المشتري والمشتري

يتعهد بدفع الثمن لأنه يريد أن يصير مالكا للشيء المبيع ليكون تحت تصرفه. لذلك يعتبر سبب تعهد البائع قيام المشتري بدفع الثمن ويعتبر سبب تعهد المشتري قيام البائع بنقل الملكية . أما الباعث على البيع والشراء فيختلف من شخص الى آخر . فقد يرغب شخص في البيع لأنه يريد أن يوظف الثمن في أوراق مالية ويرغب آخر في البيع لأنه يريد أن يدفع ما عليه من الديون . الحالة . أو لأنه يريد أن يضارب الخ يترتب على ذلك أنه اذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما تعهد به يزول عن التعاقد الآخر تعهده ويتفرع من هذه القاعدة النتائج الآتية : -

(١) اذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما تعهد به يجوز للمتعاقد الثاني أن يرفض تنفيذ تعهده .

(٢) اذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ تعهده يجوز للمتعاقد الثاني أن يفسخ التعاقد .

(٣) اذا لم يستطع أحد المتعاقدين تنفيذ تعهده بسبب طروء قوة قاهرة . فلا يلزم المتعاقد الثاني بتنفيذ تعهده .

(٢) السبب في العقود المفردة : يختلف سبب التزام المدين في العقود المفردة باختلاف نوع كل عقد منها . ففي عقد القرض يتعهد المقرض برد النقود لأنه استولى عليها من المقرض فسبب تعهده هو استيلائه على النقود المقرضة . فالذي يريده المقرض هو الحصول على نقود ومن أجل ذلك . يتعهد بردها بالشروط المتفق عليها . وفي رهن المنقول يتعهد الدائن المرتهن برد الرهن لأنه قبضه . فسبب التعهد في هذه العقود وأمثالها هو التسليم الفعلي لشيء معين يترتب على ذلك أن المقرض حتى لو كان وقع على صك لا يلزم لشيء ما اذا كان لم يستلم نقوداً معدودة .

واذا قام شخص أو وعد بالوفاء فسبب التعهد هو الفعل القانوني السابق

على التعهد الذى يدعو المدين الى الوفاء أو الالتزام بالوفاء فسبب الوفاء هو وجود دين سابق يعمل المدين على انقضائه فاذا كان هذا الدين غير موجود أو أبطل أعتبر الوفاء حاصلًا بلا سبب وجاز للبوفى أن يسترد ما دفعه .

أما بالنسبة للوعد بالوفاء فقد يكون سببه وجود تعهد سابق بين المتعاقدين أو نية الايهاب . فاذا انعدم السبب بطل التعهد كما لو شافه شخص ابنه قبل وفاته بأن يدفع مبلغ مائة جنيه الى شخص معين وتعهده الابن بدفع هذا المبلغ احتراماً لارادة أبيه فسبب تعهد الابن هنا هو رغبته فى نفاذ تعهد طبيعى تحمل به . ولكن اذا عثر الابن بعد ذلك على وصية صادرة من والده تقضى بالايعاض الى هذا الشخص بشئ معين قيمته مائة جنيه أعتبر تعهد الابن بلا سبب وجاز له أن يطله . وكذلك الحال بالنسبة لكيميالات المجاملة التى تتميز بانعدام أية معاملة تجارية بين الساحب والمسحوب عليه وكل ما فى الامر أن هذا الاخير يضع امضاه على الكميالة ليسهل للساحب تداولها ايهاًما للغير بوجود سبب للتعاقد والحال أنه لا سبب وأن الكميالة لم تحرر الا كأداة للنصب والغدر .

٣٠٦ - السبب فى عقود التبرعات . السبب فى هذه العقود هو نية التملك بلا مقابل أى الباعث الذى يدعو الشخص الى التبرع .

٣٠٧ - فى الانصرام الجزئى للسبب . يحدث أن لا يتجرد التعهد من السبب كلية بل بصفة جزئية ولا يعتبر العقد باطلا الا بمقدار النقص الجزئى للسبب pro tanto مثال ذلك التعهد الطبيعى يعتبر سبباً صحيحاً لتعهد مدنى . لكن ليس معنى ذلك أنه اذا كان شخص مدينًا بدين طبيعى قدره مائة جنيه فيعتبر هذا سبباً كافياً لا لزامه مدينياً بأن يدفع ألف جنيه ، بل يعتبر سبباً كافياً لا لزامه مدينياً بأن يدفع مائة جنيه أو أقل . وبناء على هذه القاعدة يجوز للحكمة أن تخفض مقدار الأجرة أو التعويض المتفق عليهما اذا تبين

أن الأجرة غير متناسبة مع مقدار الخدمات التي أداها المتعهد له أو إذا كان التعويض غير متناسب مع مقدار الضرر الذي أصاب الطرف الثاني (استئناف أهلى ١٣ يونية سنة ١٩٠٩ بمجموعة رسمية ١١ نمرة ٣)

٣٠٨ — في السبب **الصورى** - السبب **الصورى** هو الذى يذكره المتعاقدان فى العقد على خلاف الحقيقة مثال ذلك خسر شخص مائة جنيه فى لعب القمار وحرر صكاً بهذا المبلغ ذكر فيه أنه اقترضه من الكاسب اخفاءً لعدم مشروعية السبب وقد يرغب شخص فى إيهاب منزل الى آخر وبديلاً من أن يحرر عقدة يحرر عقداً يبيع . والصورية لا تكفى لبطالان التعاقد بل يجب أن يكون السبب غير مشروع أو من شأنه أن يلحق ضرراً بالذاتين . وقد أجاز القانون المصرى الصورية بالنسبة للبهة الموصوفة بصفة عقد آخر فقال فى المادة ٤٨ / ٧٠ مدنى « تنتقل الملكية فى الأموال الموهوبة منقولة كانت أو ثابتة بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمى وإلا كانت الهبة لاغية »

٣٠٩ — فى **نقد نظرية السبب** - يعاب على نظرية السبب بأنها :

(١) فاسدة (٢) وغير مفيدة .

(١) فى **فساد نظرية السبب** : يقول أنصار نظرية السبب بأنه إذا تعاقد شخصان كبائع ومشتري فتعهد المشتري سيبه تعهد البائع وهذا فاسد من الوجهة المنطقية لأن التعهدين مشتقان من عقد واحد ونشأ فى وقت واحد أى أنهما توأمان ويستحيل عقلاً أن يكون أحدهما سبباً للآخر ولا يمكن أن يكون المسبب معاصراً للسبب ولأنه إذا كان أحد التعهدين سبباً للتعهد الثانى فلا يمكن أن ينشأ أى واحد منهما لأن خلق تعهدين فى وقت واحد مع القول بأن أحدهما سبباً للآخر مما لا يمكن تصوره .

كذلك من الخطأ أن نقول بأن سبب التعهد في العقود المفردة كعقد القرض هو تسلم المقرض النقود . فهذه الواقعة ليست سبب التعهد ولكنها المصدر المنشئ للتعهد . كذلك من العبث أن نقول بأن سبب التبرعات هو نية التبرع والحقيقة أن سبب التبرع هو الباعث الشخصى الذى يدفع المتبرع على التبرع

٣١٠ — فى عدم فائرة نظرية السبب . (٢) مؤدى نظرية السبب هو أن التعهدات التعاقدية تصير باطلة إذا كانت بلا سبب أو كان سببها غير مشروع

انعدام السبب : لا يمكن تصور انعدام السبب في العقود المفردة ففي عقد الوديعة والقرض لا يوجد وديع أو مقرض ما دام أنهما لم يتسلما الشيء موضوع التعاقد . وانعدام السبب يختلط مع انعدام العقد لأنه لم يحصل شيء يمكن اعتباره باطلا بسبب انعدام السبب . وفي الهبة يكون انعدام السبب عبارة عن انعدام الباعث على الايجاب والهبة بلا سبب لا تصدر إلا عن شخص فاقد التمييز . ولم يستطع السبيون أن يطبقوا نظرية السبب إلا في العقود الثنائية كعقد البيع حيث قالوا بأنه إذا لم يوجد الشيء المبيع فيكون تعهد البائع باطلا لانعدام موضوع التعهد ويكون تعهد المشتري للبائع باطلا لانعدام السبب لأن تعهد البائع لم ينشأ . ويمكن الوصول الى هذه النتيجة بلا حاجة الى الالتجاء الى نظرية السبب فنقول بأن طبيعة العقود الثنائية تقتضى قيام كل متعاقد باعطاء أو فعل شيء prestations الى المتعاقد الآخر فالمنفعة التي تعود على أحد المتعاقدين من المتعاقد الآخر هي التي تحمله على التعاقد وهذه العلاقة الموجودة بين تعهدات المتعاقدين لا تعتبر علاقة سببية rapport de causalité بل علاقة تلازم أو تبعية متبادلة dépendence mutuelle والدليل على ذلك هو أن تعهد المشتري بدفع الثمن يزول إذا لم يقيم البائع بتسليم الشيء المبيع .

السبب غير المشروع : تستفاد مشروعية الشيء وموافقته للأداب من ذات الشيء ومن النية والباعث . وليست المشروعية أو الموافقة للأداب نتيجة فعل الغير كما لو اتفق شخصان على ارتكاب جريمة على أن يقوم أحدهما بارتكابها ويعطيه الآخر نقوداً لحمله على الاجرام فهذا الاتفاق باطل بكلية ويحلل السببيون ذلك ، بأن الوعد بالقتل باطل لأن موضوعه ارتكاب جريمة أما الوعد باعطاء نقود فليس باطلا بسبب موضوعه الذي هو اعطاء نقود ولكنه باطل لأن سببه التعهد الذي يتحملة الطرف الثاني أى أن سبب التعهد غير مشروع ، ولا حاجة بنا إلى هذا اللف والدوران لابطال التعهد الثاني الذي هو باطل كالتعهد الأول لأن موضوعه غير مشروع لأن من يعطى نقوداً لأجل القتل لا يقل لإجراماً عن يقتل نفسه فعدم مشروعية العمل متساوية لدى الطرفين .

لذلك أبطلت القوانين الحديثة نظرية السبب فلم يشر إليها القانون السويسرى ولا القانون الألماني .

٣١١ — فيما يترتب على انعدام السبب أو على السبب غير المشروع .
التعهد الخالي من السبب أو الذي يكون سببه غير مشروع يعتبر باطلا *ab initio* يترتب على ذلك ما يأتي : —

- (١) لا يجوز المطالبة بالتعهد المترتب على هذه العقود .
- (٢) يجوز لكل ذى مصلحة أن يحتج بهذا البطلان .
- (٣) يجوز للمحاكم أن تحكم من تلقاء نفسها *ex officio* بطلان التعهد .
- (٤) لا يجوز تجديد التعهد أو المصادقة عليه ولا يصير صحيحاً بانقضاء المدة .

(٥) يرى معظم الشراح أنه يجوز استرداد ما دفع (بودرى وباردج
١ بند ١٦) يستثنى من ذلك الوفاء الحاصل عن تعهد طيعى أو رهان (١٢٣٥م
و ١٩١٧ مدنى فرنسى) .

لكن القضاء المختلط والأهلى يريان عدم جواز استرداد المدفوع . وترى محكمة الاستئناف الأهلية أنه ، إذ أظهر للمحكمة أن العقد باطل لعدم مشروعية سببه وجب عليها أن لا تساعد أيأ من طرفى العقد بل تترك الحالة على ما هي عليه بمعنى أنها لا تأمر بتنفيذ ما لم ينفذ ولا بأعادة ما تنفذ من التعهد بمقتضى العقد ، وعلى ذلك إذا كان هذا العقد الباطل عقد بيع وحصل تسليم جزء من الأرض المبيعة بقى هذا الجزء مع المشتري ويبقى ما لم يسلم مع البائع ، (استئناف أهلى ١٨ ابريل سنة ١٩١١ بمجموعة رسمية ج ١٢ نمرة ٨٥) كذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز استرداد ما دفع بسبب تعاقده غير مشروع (سم ١٤ مارس سنة ١٨٨٠ بمجموعة رسمية مختلطة ١٣ ، ١١٥) وقد حكم أيضاً بأنه لا يجوز استرداد الفوائد الربوية إذا سوى الحساب بصفة قطعية بين المقرض والمقرض (سم ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ تق ج ١٥ ، ٦٢) .

ولكن يجوز استرداد الربا الفاحش إذا حصل وفاؤه بغير اختيار المدين وفى ظروف تقرب من الاكراه الأدبى (سم ١٤ مارس سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ، ٢٨٨) .

الفرع الخامس - فى نتائج العامة للعقود

يترتب على العقد انشاء تعهد ، ويترتب على التعهد إعطاء الدائن حق التنفيذ القهرى ، وقد سبق أن تكلمنا على نتائج التعهدات (بند ٧ - ٤٤) لذلك سنقتصر القول على نتائج العقد بالنسبة للعاقدين وبالنسبة للغير .

المبحث الاول - فى نتائج العقد بالنسبة للعاقدين

٣١٢ - فى القوة الإلزامية للعقد . تنتج العقود آثاراً بالنسبة للعاقدين (م ١٤١ / ٢٠٢ م) بأنفسهم أو الممثلين ^(١) وإذا انعقد العقد صحيحاً صار

(١) قد يمثل الماعد وكيل أو وصى أو قيم ، والنائب الذى يمثل لقمة شخص آخر لا

قانون العاقدين أى أن كل عاقد يتحمل تعهداً لا يختلف كثيراً عن التعهد المقرر بمعرفة القانون . ويتعين على المتعهد أن يوفى بما تعهد به وإلا أكره على الوفاء بالقوة . وإذا تعذر الوفاء بهذه الكيفية الأخيرة ألزم المتعهد بدفع تعويض أى مبلغ من التقود معادل للضرر الذى عاد على المتعهد له بسبب عدم الوفاء . ولا يستطيع العاقد أن يقلل نفسه بمحض إرادته من العقد دون رضا العاقد الآخر إذ لا بد لتام ذلك من عقد جديد مبطل لأثر العقد الأول . إنما يجوز أن يحتفظ أحد العاقدين بحق الفسخ . وقد تقتضى طبيعة العقد أحياناً إجراء الفسخ كحق البائع فى البيع الوفاً . وقد يحتفظ العاقد بحق الفسخ فى نظير دفع تعويض الى العاقد الآخر كالعربون فى عقد البيع arrhes .

٣١٣ - فى نتائج العقد بالنسبة لخلفاء العاقدين . الخلف ayant cause هو من يخلف أحد العاقدين فى العقد أو هو من يخلف شخصاً اكتسب حقوقاً أو تحمل تعهدات بسبب تعاقد أو هو من يحصل على حقوق مستمدة من العقد . ولا يشترط فىمن يعتبر خلفاً أن يكون تعاقد بشخصه أو بواسطة ممثل له .

وقد يكون الخلف عاماً أو خاصاً . فالخلف العام ayant cause à titre universel يشمل الوارث والموصى اليه والعقود التى أبرمها المورث تعتبر حجة على ورثته إنما يستثنى من ذلك العقود الملحوظ فيها شخصية العاقد كإنقضاء الشركة بموت أحد الشركاء وانتهاء التوكيل بموت الموكل أو الوكيل والخلف الخاص ayant cause à titre particulier هو من يتلقى حقاً

يلتزم شخصياً به . ما متى صرح بصفته ، كما أنه لا يلتزم بشئ ما اذا جاوز سلطته وأخبر من تعاقد معه بذلك (م ٦٤٣/٥٢٤) ، ولا يلتزم النائب شخصياً الا اذا أخفى سعة وكالته (سم ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ تق ١٥٠١٨) إلا أن الاصيل يستطيع فى حال تجاوز الممثل حدود سلطته أن يصدق على أعمال الممثل ويصير بهذه الكيفية طرفاً فى العقد (م ٦٤٨/٥٢٧)

من شخص بعقد من عقود المعاوضات أو بعقد من عقود التبرعات كالمشتري والموصى إليه ، والدائن المرتن . والقاعدة أن العقود التي يبرمها الشخص لا تؤثر في حقوق خلفائه فالمشتري لا يطالب بديون البائع . إنما يلاحظ أن الخلف الخاص لا يمكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما للملك ، فإذا كان الحق الذي آل الى الخلف الخاص معلقا على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط ، فحدث الفسخ أثره في الحائز . ويمكن الاحتجاج على الحائز بالحقوق العينية التي قررها المملك كحقوق الارتفاق ، والرهن يستثنى من ذلك عقود الايجار التي أبرمها المالك مع الغير اذا كانت ثابتة التاريخ (م ٢٨٩ / ٤٧٤ ، ٤٧٥ مدني)

ويعتبر الدائن العادي خلفاً من نوع خاص لا يجوز أن نخلط بينه وبين الخلف العام أو الخلف الخاص . إذ للدائن العادي حق الضمان على كل أموال المدين ، وهذا الضمان متغير تبعاً لما يصيب أموال المدين من زيادة أو نقصان فهو حق غير مستقر مما يترتب عليه أن العقود التي يبرمها المدين قد تفيد أو تضر دائنيه العاديين تبعاً لما اذا كانت تزيد أو تنقص أمواله ، فإذا أصاب المدين مالا ، فهذا المال يضاف الى ضمان الدائنين . وإذا أخرج مالا من ثروته فلا يستطيع الدائنون أن يوقعوا الحجز على هذا المال ، وإذا انشغلت ذمته بدين ، كان للدائن الجديد على أموال المدين نفس الحقوق التي للدائن القديم .

المبحث الثاني — في الصورية^(١)

٣١٤ — في مراتب الصورية . قد لا يكون التعمد الناشئ بين الدائن والمدين سوى تعهد ظاهر ، بمعنى أن يكون هناك عقد ظاهر يبطل أثره عقد

(١) رسالة الاستاذ صليب بك ساسي المستشار للملكي القاهرة سنة ١٩٢٩

سرى . والصورية simulation تتراوح في عدة مراتب فقد يكون العقد (١) خيالياً fictif إذا بطل أثر العقد الظاهر بكليته بفعل عقد سرى acte secret كالبيع الى مشتر متواطىء مع البائع لاختراج المبيع من الضمان الذى للدائنين على أموال المدين ، ويذكر في العقد السرى أن البائع ما زال مالكا للشئ المبيع (٢) وقد يكون العقد مستتراً déguisé إذا كان العقد السرى يغير من ماهية العقد الظاهر كتحرير عقد هبة في صورة عقد بيع هروباً من تحرير عقد رسمى بالهبة ، أو تحرير عقد وصية في صورة عقد بيع ، (٣) وقد تعدل شروط العقد في ورقة ضد contre-lettre إذا كانت شروط العقد الظاهر تخالف شروط العقد السرى مما يترتب عليه زيادة أو نقصان تعهدات العاقدين كما لو ذكر في العقد الظاهر ثمن أقل أو أكثر من الثمن الحقيقي الذى يذكر فقط في العقد السرى ، ويحصل ذلك في عقد البيع والايجار والتنازل عن متجر (٤) وقد يحرم القانون على شخص أن يتعاقد بنفسه كالخظر الوارد في المادة ٢٥٧ / ٣٢٤ على القضاة وكلاء النيابة والمحامين شراء الحقوق المتنازع عليها ومنع الاولياء والاوصياء والوكلاء شراء الأعيان المنوط بهم بيعها (م ٢٥٨ / ٣٢٥) فيستعار اسم شخص تبرم باسمه الصفقة prête-nom أو personne interposée

والأصل أن الصورية ليست بذاتها سبباً لبطلان التعاقد ، (سم أول فبراير سنة ١٩٠٥ ق ج ١٧ ، ٩٥) حتى لو كان القرض منها اخفاء غش ، لأن الغش لا ينهض سبباً لبطلان إلا إذا وقع من أحد العاقدين على العاقد الآخر (م ١٣٥ / ١٩٦ مدنى) . وهنا العاقدان متفقان على الصورية وكل ما فى الامر أنهما يقصدان غش خلفائهم ، أو غش الغير ، أو الهروب من أحكام القانون .

٣١٥ - فى عقود الضر . ما دام عقد الضد لا يشتمل على اتفاق مغاير للقانون أو للآداب فهو يعتبر صحيحاً ، ذلك لأن عقد الضد هو الذى يفصح

عن إرادة المتعاقدين ، أما العقد الظاهر فهو لا يخرج عن كونه ستاراً . ولما كان القانون لا يأبه إلا بالنية الحقيقية للعاقدين جاز لهم إثبات الاتفاق السرى ، لذلك يجوز لمن كان طرفاً في عقد الضد أن يقاضى الطرف الثانى (استئناف أهلى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ بمجموعة رسمية ج ١١ رقم ٣٣) وإذا أراد أحد العاقدين أن ينفذ العقد الظاهر جاز للعقد الآخر أن يثبت أن العقد الظاهر صورى وأن الاتفاق الحقيقى وارد فى عقد الضد (سم ٩ نوفمبر سنة ١٨٩١ تقى ١١ ، ٢٩٠) .

أما بالنسبة للتغير فلا تأثير لعقد الضد ، ويقصد بالغير هنا (١) الأشخاص الذين حصلوا على حقوق عينية من أحد العاقدين بعد تحرير العقود الصورية (٢) الدائتون لأطراف العقد الصورى . وإذا كان الدائن يعتبر خلفاً للدائن إلا أنه لا يعتبر خلفاً فى دعوى الصورية لأن الدائن هو المقصود بالحماية . لذلك يقصد بالغير هنا كل من لم يكن طرفاً فى عقد الضد ، لكن الوارث لا يعتبر من الغير .

وإذا تعارضت مصالح الغير ، كانت العبرة بالعقد الظاهر فإذا قام نزاع بين دائتى البائع ودائتى المشتري . فقد يتمسك الفريق الأول بالثمن الظاهر ، ويتمسك دائنو المشتري بعقد الضد إذا كان الثمن المذكور به أقل من الثمن المبين فى العقد الظاهر ، وإذا ذكر فى ورقة ضد أن أحد الشركاء لا يقدم حصته فى رأس مال الشركة ، فلا يجوز الاحتجاج بهذه الورقة على دائتى الشركة .

٣١٦ - فى الاسم المستعار . قد لا يبنى الشخص أن تظهر شخصيته ، فيعهد الى شخص آخر ، بقصد التضليل عادة ، أن يبرم عقداً معيناً ، على أن يتنفع بفوائده هذا العقد وهذا الشخص الذى أعار اسمه prête-nom هو المتعاقد الظاهر الذى يحتق خلفه المستفيد الحقيقى فى حين أن العاقد الحقيقى هو الموكل المستتر mandant dissimulé كتحويل الدين الى شخص لان

الدائن لا يريد أن يطالب المدين لصلة بينهما كالنسب أو الصداقة . ويحدث أن يأمر شخص آخر بسحب كمبيالة ، ويسمى الأول الأمر بالسحب والثاني الساحب الظاهر .

والقاعدة أن هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً لأنه لا يتضمن الرغبة في الهروب من أحكام القانون وإنما قد يكون الغرض من هذا التعاقد مخالفة أحكام القانون حتى لا يتمكن الدائنون من التنفيذ على أمواله ، على أن المتعاقد الظاهر هو المسئول أمام الغير لأنه لا يعرف خلاف هذا التعاقد .

المبحث الثالث — في التعاقد لذمة الغير

٣١٧ — في أهمية التعاقد لذمة الغير . أصبح التعاقد لذمة الغير *stipulation pour autrui* أهمية كبرى في الحياة الحاضرة إذ يمكن من إبرام عقود كان يتعذر إبرامها لولا إمكان التعاقد بهذه الكيفية مثل التأمين على الحياة والتأمين على حوادث العمل بمعرفة ولى العمل . ولهذا التعاقد أثر في عقد النقل في حالة اتفاق مرسل البضاعة مع أمين النقل على إجراء النقل لمصلحة شخص ثالث فيكون لهذا الأخير — المرسل اليه — دعوى قبل أمين النقل . وتقوم هيئات عامة كمجلس بلدى بأعمال عامة وتتفق مع المقاول على أن يتعهد بإجراء أشياء خاصة في مصلحة العمال . وتمنح الحكومات امتيازات الى شركات توريد الماء أو الكهرباء وتشترط شروطاً خاصة في مصلحة جمهور المستهلكين

٣١٨ — أساس التعاقد لذمة الغير . لا تقوم لهذا التعاقد قائمة إلا إذا كان للغير مصلحة فيه ، ويجب أن تكون هذه المصلحة مقومة بالمال لا مكان المدافعة عنها بدعوى ، لأنه إن لم تكن هناك مصلحة فلا دعوى *pas d'intérêt* ولأن المنافع الأدبية لا تقام لأجلها دعوى *pas d'action* .

٣١٩ — الماهية القانونية للتعاقد لذمة الغير . التعاقد لذمة الغير هو عقد

قائم بذاته ينشئ بمقتضاه العاقد stipulant حقاً مباشراً droit propre, direct لمصلحة الغير قبل الواعد promettant وينشأ حق الغير — المستفيد — بغض النظر عن قبوله . لكن المستفيد يستطيع أن يتنازل عن هذا الحق ، كما أن العاقد يستطيع فسخ التعاقد^(١) .

٣٢٠ — في نتائج التعاقـد لزمـة الغير — يقتضى هذا التعاقد وجود ثلاثة اشخاص وهم العاقد والواعد والمستفيد مما يترتب عليه نشوء علاقات بين هؤلاء الأشخاص تفصلها فيما يلى : —

(١) علاقة الواعد بالمستفيد . ينشئ هذا التعاقد لمصلحة المستفيد حقاً قائماً بذاته ومباشراً فيصبح المستفيد دائناً للواعد ويملك مقاضاته لالزامه بالوفاء ، وإذا لم يقم بالوفاء كان له حق مطالبته بتعويض ، وينتقل هذا الحق الى ورثة المستفيد . وينشأ هذا الحق مباشرة دون حاجة الى تدخل العاقد ، ويدخل ضمن ثروة المستفيد بلا وساطة العاقد . لكن المستفيد لا يكتسب هذا الحق الا اذا كان تعاقد العاقد صحيحاً . لذلك يستطيع الواعد أن يدفع في مواجهة المستفيد بكل الدفع الذى يستطيع ابداءها فى مواجهة العاقد ، كعدم الأهلية ، أو عدم استيفاء العقد للشروط الشكلية ولا يكون المستفيد طرفاً فى التعاقد ، ويحصل تعيين المستفيد وقت التعاقد ، وقد يحتفظ العاقد بحق تعيينه فيما بعد كما هو الحال فى عقود التأمين .

(٢) علاقة العاقد بالواعد : يحدث العقد بالنسبة لهما النتائج العادية لآلهما طرفاً فى التعاقد . فيملك العاقد دعوى الفسخ فى حالة عدم تنفيذ الواعد الشروط

(١) وضع الشراح نظريات أخرى مثل نظرية الرضى ونظرية الفضالة (بلانيول) وقد أخذ القضاء المخطط بنظرية الحق المباشر (سم ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤ قوج ، ٧ ، ٤٦) وأخذ بهذه النظرية الاستاذ لامبرت وكاجان (ج ٣ ، ١٤١) وبوجه القضاء الفرنسى الى الأخذ بها (نفس فرنسى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٧ - ١٩٠٨ ، ١٤ ، ١٢٩)

المتفق عليها . واذا اشتمل العقد على شرط جزائي جاز للعاقد أن يطالب الواعد بدفع مبلغ الجزاء الخ .

(٣) في علاقة الواعد بالمستفيد : لا يتحمل المستفيد أى التزام بسبب تعاقد العاقد . ولا يلتزم الواعد قبل المستفيد بأى شيء الا اذا قبل هذا الأخير العقد . وقبول المستفيد اما ان يكون صريحا أو ضمنياً . وقد يكون التعاقد لذمة الغير من عقود المعاوضات مثل بيع منزل على أن يدفع المشتري الثمن الى دائن البائع ويكون البيع في هذه الحالة بمثابة وفاة ويتشابه مع الانابة *délégation* لكن الغالب أن يكون التعاقد لذمة الغير بلا عوض ولا يخضع لقواعد الهبة الشكلية .

الفرع السادس - في بطلان العقود وفسادها

٣٢١ - في التفرقة بين العقود الباطلة والفسادة . تنقسم العقود من حيث عدم صحتها الى عقود باطلة *nul* وعقود فاسدة *annulable*

العقد الباطل : هو العقد غير الصحيح باصله لمخالفته للنظام العام
العقد الفاسد : هو العقد الصحيح باصله ولكن لازمه منذ نشأته عيب يوجب فسخه . فهو يحمل في ثناياه العلة التي تخترمه ، والجرثومة التي تقضى عليه بالفناء ، وتعوزه الحيوية القانونية اللازمة لبقائه .

والتفرقة بين العقود الباطلة والفسادة تقضى بها طبائع الأشياء . فيكون العقد باطلا اذا كان غير مشروع أو غير موجود . اما اذا كان العقد مشروعا وابطل التزام احد العاقرين لعب في رضائه فلا يؤثر هذا البطلان في صحة التزام العاقد الثاني .

ويستفاد من نصوص القانون المدني أن المشرع رأى أن يفرق بين العقود الباطلة والعقود الفاسدة^(١)

المبحث الأول - في العقود الباطلة

٣٣٢ - تقسيم . يرى بعض الفقهاء تقسيم العقود الباطلة ، الى معدومة وباطلة بحكم القانون

(١) العقود المعدومة^(٢) : وهي التي ينقصها احد الاركان الجوهرية لتكوينها بحيث لا يمكن تصور وجودها بدون هذا الركن الناقص . وهذه العقود لها وجود مادي فقط ولكن لا أثر لها بالمرّة من الوجهة القانونية كوصية صادرة من طفل أو مجنون أو بيع لم يتفق فيه على الثمن أو المبيع أو الوفاء مع انعدام الدين أو زواج شخصين من جنس واحد

(٢) العقود الباطلة بحكم القانون^(٣) . وهي التي تشتمل على كل اركان العقود لكنها باطلة لان القانون يحرمها كالعقود المخالفة للأداب أو القانون وكالعقود التي يشترط لصحتها تحريرها بكيفية خاصة كبيع العقار^(٤) وليس لهذه التفرقة أهمية من الوجهة العملية لأن العقد في كلتا الحالتين لا ينتج أثرا قانونا ، ويعتبر في نظر القانون باطلا سواء أكان سبب البطلان انعدام الرضا أم مخالفة القانون

(١) تقول المادة ١٤٨/٩٤ م « يقتصر لصحة التعهدات l'obligationn existe والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا » وتقول المادة ١٣١ ، ١٩١ م « مجرد عدم الاهلية موجب لبطلان المشاركة la nullité d'une convention والمادة ١٣٤ / ١٩٣ م « الفلظ موجب لبطلان الرضا » والمادة ١٣٥ / ١٩٥ م لا يكون الاكراه موجبا لبطلان المشاركة الا اذا كان شديدا »

(٢) actes non avenus أو actes inexistants

(٣) actes nul de plein droit أو البطلان المحض

(٤) بلائيول ج ١ ب. ٣٤٩

٣٢٣ - في البطالة الصريح والبطالة الضمني (١) البطالة

الصريح هو الذى ينص عليه القانون . والبطالة الضمني هو الذى يترتب عليه البطالة ولو لم ينص القانون عليه . ذلك أن المشرع قد يفوته النص على البطالة . ويستفاد البطالة من عبارة القانون واستعماله صيغة التحريم أو الأمر . ويتعين على القاضى أن يقضى بالبطالة بسبب مخالفة أوامر أو نواهي القانون . ويكون هذا فى كل الاحوال التى تتعلق بالنظام العام أو المصلحة العامة .

٣٢٤ - فى الآثار المترتبة على البطالة - يترتب على بطالة العقود

لآثار الآتية :-

(١) وقوع البطالة منذ اللحظة التى تم فيها العقد . لا يترتب على العقد الباطل أى أثر قانونى . ولا يترتب للدائن الظاهر أى حق ، ولا يتحمل المدين الظاهر أى التزام لأن العقد باطل بحكم القانون . ولا يقضى القاضى ببطالة العقد الباطل ولكنه لا يعترف بوجوده .

على أن القول بأن العقد الباطل لا ينتج أثراً قانونياً لا يفيد أنه لا ينتج أثراً البتة . فقد يحدث العقد الباطل تغييراً فى الظروف المادية . لذلك يطلب من القاضى إعادة الأمور الى نصابها الأول . فإذا دفع مبالغ من النقود تنفيذاً لعقد باطل ، فلا يمكن استرداد ما دفع عنوة ، بل يجب على من يطلب الاسترداد أن يتوجه بطلبه الى القاضى . فإذا اقتنع بأحقية هذا الطلب أهمل العقد الباطل وقضى بالرد . ولا شك فى أن القاضى يبين فى حكمه أسباب رد ما دفع ولكنه لا يلزم بأن يقضى ببطالة العقد لأنه يعتبر فى حكم المعلوم (٢) (٢) فى جواز التمسك بالبطالة لكل ذى حق : اذا أراد شخص ان يستفيع من العقد الباطل جازخصمه ان يفوت عليه الفائدة بأن يتمسك ببطالة العقد ومعنى

(١) nullité tacite, nullité expresse وقد أسمى أوبرى ورو nullité

virtuelle (٢) بلانول ج ٢ بند ٣٢٠

هذا أن العقد يعتبر باطلا بالنسبة للكافة ، لأن البطلان أساسه المصلحة العامة وهو ما يعبر عنه بأن « البطلان الحتمى بطلان مطلق »

(٣) البطلان لا يظهر بالتصحيح : لما كان البطلان موجودا منذ نشوء العقد ولمصلحة كل الناس فلا يستطيع ذو مصلحة ان يحرم غيره من التمسك بالبطلان بواسطة تصحيح العقد ، ذلك لأن التصحيح لا يكون الا بالنسبة للعقود الفاسدة بند (٣٤٠)

(٤) عدم زوال البطلان بالتقادم : لا يصحح البطلان بمرور الزمان لأن العقد الباطل مهما طال عليه القدم لا ينجح أرقا قانونيا . وليس لانقضاء الزمان خاصية تصحيح العقود الباطلة « ويقول علماء الاصول « ما كان باطلا لا يصححه مرور الزمان » على أنه يحسن الاحتراز في هذه النقطة وذلك أن الدائن بعقد باطل لا يستطيع أن ينفذه حتى لو لم يتمسك المدين بالبطلان . انما اذا طلب خصم استرداد ما دفع بمقتضى عقد باطل ، أو طلب اعادة الشيء الى ما كان عليه ، فقد يدفع المدعى عليه هذه الدعوى بالتقادم . فاذا أخذت المحكمة بدفاع المدعى عليه المبني على التقادم المسقط ، فلا يكون مبني رفض دعوى المدعى اعتراف المحكمة بصحة العقد ، ولكن مبناه تقادم دعوى المدعى ، فالعقد ما زال باطلا ، لم يصححه مرور الزمان . وكل ما في الأمر أن المحكمة تعمل على ابقاء الأمور على ما هي عليه تفادياً للاضطراب والتقلقل المترتب على تغيير الأمر الواقع المستقر طوال المدة اللازمة للتقادم ^(١)

(١) قضا فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ د ١٤٨٠ ، ١٤٥٠ . وبلايولج ٢ بند ٣٣٩

وكاجان ج ١ ص ٧٨

المبحث الثاني — في العقود الفاسدة

٣٣٥ — في أموال فساد العقود : تنحصر أسباب فساد العقود فيما يلي :

(١) العقود المعقودة بمعرفة عديمي الأهلية إلا إذا كان عدم الأهلية مطلقاً كالطفل المجنون .

(٢) العقود المعقودة بمعرفة ذوى الأهلية الذين شاب رضاهم خطأ أو غش أو إكراه . ومبنى الفساد رغبة القانون في حماية من قرر الفساد لمصلحته وليس مبناه المحافظة على مصلحة عامة . ينبنى على ذلك ما يأتي : —

(١) العقد الفاسد صحيح بأصله لا بوصفه . فهو مشروع في نفسه وينتج كل الآثار القانونية .

(٢) لا يستفيد من دعوى الفساد إلا من قصد القانون حمايته فلا يستفيد منها الغير ، ولا نفس العاقد . وقد قرر القانون هذه القاعدة بالنسبة لعديمي الأهلية وهي تسرى على العقود التي شابها خطأ أو إكراه أو غش (م ١٩٢/١٣٢ مدني) .

(٣) يجوز لمن قرر الفساد لمصلحته أن يصحح العقد بالكيفية والشروط المقررة لتصحيح العقود .

(٤) تسقط دعوى الفساد بمضي خمس عشرة سنة (م ٢٧٢/٢٠٨ م) ويبدأ التقادم منذ اليوم الذي يتعقد فيه العقد مع ملاحظة أحوال وقوف وانقطاع التقادم .

٣٣٦ — فيما يترتب على فساد العقد . يترتب على الحكم بفساد العقد زوال آثاره حتى بالنسبة للباقي . إنما يجب التفرقة بين العاقدين والغير .

(١) آثار الفساد بالنسبة للعاقدين . كل مادفع أو سلم إلى أحد العاقدين بناء على العقد الفاسد يتعين رده إلى العاقد الثاني . فيرد البائع الثمن ، والمشتري

المبيع . انما اذا كان العقد لم ينفذ فيراً للعاقدان من التزاماتهما المترتبة على العقد الفاسد .

ويستثنى من هذا الأثر الرجعى فساد العقد بسبب عدم أهلية أحد العاقدين لصغر أو سفه . إذ لا يلزم عديم الأهلية إلا برد قيمة المنفعة التي استحصل عليها بتنفيذ العقد من العاقد ذى الأهلية (م ١٣١/١٩١ م) . فاذا باع قاصر شيئاً بمبلغ ألف جنيه ، واستطاع أن يبطل العقد بعد أن أنفق نصف الثمن ، برئت ذمته اذا أوفى النصف الباقي . وهذا الحل مما تقضى به العدالة وتعتذر بدونه حاية عديمي الأهلية من غفلتهم وجهلهم ما جريات الحياة . ومن الانصاف أن يتحمل العاقد البالغ الخسارة المترتبة على تعاقدته في ظروف مريبة . وتسرى المادة ١٣١/١٩١ م على التعاقد الحاصل بين عديمي الأهلية أنفسهم . وقد يعترض على هذا الرأي بأن طرفي التعاقد محتاجان الى الحماية ، ولكن يرد على ذلك بأنه من المبادئ العامة أن عديم الأهلية لا يلتزم إلا بمقدار ما عاد عليه من المنفعة (جوسران ج ٢ بند ٣٦٢) ويلاحظ أن من استولى على شيء بمقتضى عقد فاسد لا يلزم برد ثمراته اذا كانت حيازته لهذا الشيء مقترنة بحسن النية (بودرى وبارد ج ٣ بند ١٩٦٩) .

(٢) آثار الفساد بالنسبة للغير . نزول الحقوق العينية المقررة بمعركة الحائز الذي أبطل عقده ، ويمتد هذا الأثر الى الماضى بشرط أن يؤثر بذلك على هامش التسجيل بمقتضى الحكم القاضى بالبطلان .

القانون المختلط . عنى القانون المختلط بحماية الدائنين المرتبطين بحسن نية الذين تسجلت حقوقهم فقصى في المادة ١٧٦ مدنى بأن « فسخ العقد الناقل للملكية العقار لا يضر بحقوق الدائنين برهونات مسجلة » وقضى في المادة ١٩٧ مدنى بأن « بطلان المشاركة الناقلة للملكية لا يضر بحقوق الدائنين برهونات مسجلة اذا كانوا حسنى النية » وفي المادة ٤١٧ مدنى « لا يترتب

على فسخ بيع العقارات بالنسبة لغير المتعاقدين ضرر بحقوق أصحاب الرهن
العقارية المسجلة » .

المبحث الثالث — في تصحيح العقود

٣٣٧ — في الفرق بين التصحيح والتصحيح يحسن أن نفرق بين
التصديق والتصحيح ، وبخاصة لأن القانون لم يراع الدقة في استعمال هذين
اللفظين . (١)

التصديق . ratification التصديق هو الموافقة على عقد ، من صنع الغير
لم يشترك فيه من يطلب منه التصديق ، كالتصرفات التي تحصل من الفضولي
فقد يحصل التصديق عليها بمعرفة من أجرى العمل لمصلحته le maître ،
وكالتصديق على تصرفات القليل porte-loir (انظر بند ٣٠١) والتصديق
الحاصل بهذه الكيفية لا يترتب عليه زوال العيب الذي شاب التصرف ،
ان كان ثم عيب . ذلك لأن التصديق لا يفيد في هذه الحالة التنازل عن أى
دعوى أو حق .

التصحيح . confirmation . التصحيح هو التنازل صراحة أو ضمنا عن
حق الاحتجاج بالفساد الذى شاب التصرف القانونى . والتنازل عن دعوى
الفساد يترتب عليه تطهير التصرف من العيب الذى شابه ولازمه .
والتصحيح ، باعتباره تنازلا من نوع خاص عن حق ، لا يشترط فيه القبول
(أوبرى وروج ٤ بند ٣٣٧ وبند ٣٢٢ ص ٤٤٤)

(١) م ١٢٧ / ١٩٨ مدنى « من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه فله الخيار
بين قبولها أو رفضها » ٢٢ ويقول النص الفرنسى
ce tiers a le choix de confirmer والتصحيح ratifier وتقول المادة ٥٢٧ / ٦٤٨ م « على الموكل تنفيذ ما ألزم به وكيله
باسمه بموجب التوكيل وعليه أن يبين في مبادلات ما في عزمه من التصديق أو عدمه على
ما فعله الوكيل خارجا عن حدود الوكالة » s'il entend confirmer والتصحيح confirmer

٣٣٨ - في أنواع التصحيح - يجب التفرقة بين التصحيح الصريح

والتصحيح الضمني ، والتصحيح بمضى المدة *confirmation présumée*

(١) التصحيح الصريح . أشار القانون المصرى عرضا الى تصحيح العقود ، فى المواد ١٣٨ و ١٣٩ / ١٩٩ و ٢٠٠ فى صدد الكلام على تفسير العقود .

ولما كان التصحيح ، كالتنازل ، فيشترط أن تتوافر فيه شروط التنازل الصحيح من حيث الاثبات فيثبت بالكتابة فيما زاد عن عشر جنهات ، وبغيرها فيما عدا ذلك (سم ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ تق ج ١٩ ، ٤٥) ويجب أن يشتمل العقد المصحح على موضوع الالتزام *substance de l'obligation* وسبب الفساد أى العيب الذى أصاب العقد المطلوب تطهيره منه ، وأن تتوافر نية ازالة هذا العيب (قارن سم ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ . تق ج ٢٩ ١٧١) . وإذا لم تتوافر هذه الشروط ، فلا يكفي هذا العقد الجديد لاثبات التصحيح . أو يعتبر على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبينه .

(٢) التصحيح الضمنى . وهو الذى يستدل عليه من السلوك أو من الظروف التى تتم عن نية صاحب الحق فى التنازل عن العيب كتنفيذ التعهد وبخاصة اذا وقع عن علم بالعيب وكان التنفيذ خاليا من العيب الذى شاب العقد الاصل . فاذا نفذ المجنى عليه ذو الأهلية التزامه فى وقت ظهرت له فيه الحقيقة ، اعتبر التنفيذ تصحيحاً ضمنيا للعقد الذى ظل فاسداً حتى هذه اللحظة (ابرى ورو الجزء الرابع بند ٣٣٧ من وبند ٣١ مكرر ص ٤٤٣ ونقض فرنسى ١٣ يناير سنة ١٩٠٢ ، د ١٩٠٣ ، ١ ، ٢٢٤) . ويعتبر دفع الثمن ، واستلام البضاعة تصحيحاً ضمنياً (سم ٢ مارس سنة ١٩١٦ تق ج ٢٨ ، ١٨٤) . وقد يستفاد التصحيح الضمنى من استلام المبيع ، واستعماله مع العلم بالعيب .

كذلك يستفاد التصحيح من تصرف المجنى عليه مع الغير . فاذا اشترى شخص عقارا وكان يعلم انه له حق فسخ البيع ، ولكنه بدلا من أن يحتج بالفساد ، باع العقار الى شخص آخر ، فيعتبر متنازلا العيب (اوبرى ورو ج ٤ بند ٣٣٧ ص ٤٤٣ هامش ٣١) واذا أقام المشتري بناء على العقار الذى اشتراه فيعتبر متنازلا عن العيب (بودرى وبارد ج ٣ بند ١٩٩٠) .
والتفويض الجزئى كالتفويض الكلى سواء بسواء فى دلالة على التنازل .

انما اذا كان التصرف الحاصل يبعث على التشكك فى مرامه لاحتماله معنى التصحيح أو عدم الرغبة فى التصحيح ، فلا يكتفى هذا التصرف لتصحيح العقد كما لو دفع المدين الدين لا بمحض ارادته ، بل لكى يتفادى المقاضاة ، أو التنفيذ القهرى فلا يعتبر الوفاء تصحيحاً . ويحسن بالمدين أن يحتفظ بحقه ، لكن التحفظ ليس بلازم ، لأن المهم هو النية (اوبرى وروج ج ٤ بند ٣٣٧ ورقم ٣١ ص ٤٤٣ وقارن سم ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ ق ٩ ، ١٧١)

(٣) التصحيح المفترض أو بمضى المدة . وهو نوع من التصحيح الضمنى يقع بفعل الزمن . ويستتج من انقضاء المدة المعينة قانوناً لسقوط الحقوق وهى خمس عشرة سنة . وتبتدىء المدة من يوم زوال سبب العيب . فاذا كان السبب عدم الاهلية فمن يوم بلوغ الرشد أو رفع الحجر ، وفى الاكراه من يوم زواله ، وفى الغلط والتدليس من يوم علم المدين بالحقيقة (فتحى زغلول ص ٢٠٩)

٣٣٩- فى شروط التصحيح . يشترط فى التصحيح أن يكون العاقد عالماً بالعيب الذى جعل العقد فاسداً ، وان يصرح العاقد بمحض ارادته بعدم تمسكه بحق طلب الفساد (سم ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ ق ٣٤ ، ٢٦١) . واذا اشتمل العقد على عدة عيوب ، وعلم العاقد ببعض فقط ، فلا يتناول التصحيح العيوب التى جهلها (بودرى وبارد ج ٣ بند ٢٠٠٤)

٣٤٠- العقود الجائز تصحيحها . العقود التى يجوز تصحيحها هى العقود

الفاصلة بسبب عدم الأهلية المؤقتة لأحد العاقدين ، أو بسبب فساد رضائه بالغلط ، أو الاكراه ، أو الغش . فلا يجوز تصحيح عقد محرم قانوناً ، أو تصحيح عقد ينقصه رضا أحد العاقدين

وإذا نص القانون على ضرورة اتباع شكل معين لانعقاد العقد ، فلا يجوز التصحيح دون مراعاة الاجراءات التي قررها القانون ، وتطبيقاً لهذه القاعدة لا يمكن تصحيح عقدهة لم تحرر في صورة عقد رسمي (م ٧٠/٤٨ مدني) ويفترض التصحيح دائماً أن لا يكون العقد باطلاً أصلاً *ab initio*

٣٤١ - متى يجوز التصحيح . يشترط لتصحيح العقد زوال السبب المفسد له . فإذا كان العقد فاسداً لعدم الأهلية فلا يستطيع العاقد التصحيح الا بعد بلوغ الرشد (سم ١٧ يونيه سنة ١٩١٥ تق ج ٢٧ ، ٤١٧) . وإذا كان الفساد سببه الغلط أو الغش أو الاكراه ، فن يوم علم المدين بهذا العيب أو زوال سبب الاكراه (بودري وباردج ٣ بند ٢٠٠٧)

٣٤٢ - فيما يترتب على التصحيح . يترتب على التصحيح ، بالنسبة للعاقدين ، اعتبار العقد الاصيل صحيحاً وحرمان كل عاقد من حق الاحتجاج بالعيب (راجع م ١٣٣٨ مدني فرنسي)

التصحيح بالنسبة للغير . يجب أن لا يترتب على التصحيح ضرر بالنسبة للغير الحائز لحقوق مكتسبة ، عملاً بالمادة ٢٠٠/١٣٩ مدني التي تقضي بأن تصحيح العقود يفسر بنفس القواعد التي تفسر بها العقود وهي الواردة في المادة ١٩٩/١٣٨ م

والغير هم خلفاء المصحح الذين تلقوا منه بعقد خاص قبل التصحيح حقوقاً عينية على الشيء موضوع العقد والذين تزول أو تقل حقوقهم اذا احتج عليهم بالتصحيح ، فإذا رهن قاصر عقاراً ، ثم باع العقار بعد ذلك ، دل هذا التصرف على رغبته في الاحتجاج بفساد عقد الرهن . فإذا بلغ رشده

وصحيح عقد الرهن الذي أجراه وهو قاصر ، فلا يضار مشتري عقار بهذا التصحيح . لأنه اشترى عقاراً تقرر عليه رهن فاسد . ويفترض في هذه الحالة ان القاصر بمجرد البيع نقل حق الاحتجاج بطلان الرهن الى المشتري . وانه بذلك حرم نفسه من حق تصحيح عقد الرهن .

ولا يعتبر الدائتون العاديون من الغير . واذا كان لهؤلاء الدائتين ، حق على عموم أموال مدينتهم droit de gage Commun ٢٠٢/١٤ مدني ، فهذا الحق لا يسوغ لهم منع المدين من التصرف في ملكه الا اذا كان معسراً وتوافرت شروط دعوى ابطال التصرفات . فاذا كان المدين موسراً وصح عقداً فاسداً ، نفذ التصحيح ولا يهم بعد ذلك معرفة ما اذا كانت حقوق هؤلاء الدائتين ثابتة التاريخ قبل التصحيح أم لا .

ويعتبر المشتري والموهوب له من الغير ، والحائز لحقوق عينة قبل التصحيح من الغير . فاذا باع قاصر عقاراً ، دون مراعاة الاجراءات اللازمة قانوناً ، كان هذا البيع فاسداً ويمكن ابطاله . فاذا باعه مرة ثانية بعد بلوغه الرشد الى مشتر ثان ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يصحح العقد الأول . لأنه في الوقت الذي تم فيه البيع الثاني كان يستطيع ، اذا تمسك بفساد البيع الأول ، أن ينقل الملكية الى الثاني . وصدور البيع الثاني منه يلزمه بأن يجعل هذا البيع نافذاً ، وهو لا يستطيع بفعله منع المشتري من الاستيلاء على ما وعده به ولا ينفذ البيع الثاني الا اذا أبطل البيع الأول . ينتج من هذا اعتبار البائع انه نقل الى المشتري الثاني حق الاحتجاج على البيع الأول . ولا يمكن السماح للبائع بالتصل أو بالعمل على تفويت هذا الحق على المشتري بتصحيح العقد الأول ، والا كان ذلك اختلالاً من البائع بضمان أفعاله الشخصية .

تعدد الرهونه . قد تعدد الرهون التي قررها المدين على عقاره . فاذا كان الرهن الأول فاسداً والثاني صحيحاً ، فلا يستطيع الراهن أن يصحح

الرهن الأول اضرارا بالمرتبه الثاني ذلك لأن المرتبه الثاني حل محل الرهن في حق ابطال الرهن الأول ولا يحرم من هذا الحق الا بانقضاء المدة القانونية المسقطه للحقوق ومن الخطأ افترض علم المرتبه الثاني بالرهن الأول الفاسد، وحتى مع افترض علمه بذلك، فهو يعلم أن الرهن الأول فاسد وأن تصحيح هذا العقد الفاسد لا يمكن أن يضار به الغير. وتقرير الرهن الثاني يفيد أن الرهن نقل حقه في البطلان الى المرتبه الثاني^(١)

الفرع السابع - في فسخ العقود

٣٣٣ - مرميات. ^(٢) قد يولد العقد صحيحاً لكن يطرأ عليه حادث يحلله قبل الأوان المقدر له. وقد يبدو أول وهلة أن الانحلال هنا، يجب أن يقتصر أثره على المستقبل وأن لا يتناول الماضي. لكن هناك حوادث لها من أهميتها ومن احتمال وقوعها ما يحمل العاقدون على اعتبارها وقت التعاقد، ويربط مصير العقد بها. فإذا تحققت هذه الحوادث وجب أن يزول العقد لأنه فقد سبب وجوده *raison d'être* ويعمل تحقق أو تخلف الحادث عمل الشرط الفاسخ، في كونه له خصيصة السريان على الماضي (م ١٠٥ / ١٥٩ مدني) وإعادة الأمور الى الحالة التي تكون عليها لو وجد عقد. وهذه الحوادث هي أسباب فسخ *resolution* وتقابل العقود *révocation*.

(٢) وثم حوادث تند عن نظر العاقدين، أو هم لا يعلقون عليها كبير أهمية وليس لها أثر الشرط، ولا تؤثر إلا في المستقبل، ولا يترتب على انحلال

(١) أخذ بهذا الرأي جمهور الفراح وإحكام (بودري وبارد ج ٣ بند ٢٠١٧ ويرى أوبري ورو جواز التصحيح لأن المرتبه الثاني يعلم بالرهن الأول من التسجيلات، وهو يعلم أنه يجوز تصحيحه، وأنه اذا حصل ذلك كان رهنه في المرتبه الثانية. ومن الأمور المألوفة تمدد الرهن على عقار واحد، وتقرير رهن ثان ليس منتهت تنازل الرهن عن حق ابطال الرهن الأول (أوبري ورو ج ٣ بند ٢٦٦ رقم ٣١ ص ٤٥٣).

العقد فيها إلا أثر في المستقبل وهذه هي أسباب إلغاء العقود

• résiliation

المبحث الأول - في أسباب الفسخ التي تؤثر في الماضي

٣٣٤ - تقسيم . من الجائز أن يقترن العقد بشرط فاسخ صريح ينتج كل آثاره العادية وهو ما عاجلناه في بند ٦٠ ولا نقصد الإشارة إليه هنا بل إلى عدم اتفاق العاقدین على شرط فاسخ صريح للنظر فيما إذا كان العقد يكون في هذه الحالة بمنجاة من أسباب الفسخ .

والعقد المفرد لا يتعرض للفسخ أما الثنائي فهو عرضة للفسخ ذلك لأن العقود الثنائية معرضة لخطر الفسخ ذي الأثر الرجعي مع ماله من الأهمية النظرية والعملية ، بسبب عدم تنفيذ أحد العاقدین الالتزامات المترتبة على العقد . ويشير عدم التنفيذ بقاء أو فسخ التعاقد . وقد يكون عدم التنفيذ مرده إلى (١) فعل منسوب إلى المدين (٢) أو فعل غير منسوب إلى المدين كقوة قاهرة .

المطلب الأول - في فسخ العقد لسبب منسوب إلى المدين^(١)

٣٣٥ - في ماهية الفسخ في العقود الثنائية . تقتضي العقود الثنائية نشوء التزامات متقابلة يتحملها العاقدون . وتفترض هذه العقود وجود دائتين اثنين ومدينين اثنين . ويعتبر كل دائن منهما مديناً للآخر . لذلك تنشأ بين هذه الالتزامات المتبادلة علاقة تبعية lien de dependance تسمح لأحد العاقدین بأن لا ينفذ التزامه إذا رفض الطرف الثاني تنفيذ التزامه . لأنه بما

H. Capitant, de la Cause des obligations, n° 68 et suiv., (١)

147-154.

G. Ripert, La règle morale n° 76 et suiv. Picard et Prudhomme Rev. Trim. de Dr. Civil 1912, p. 61.

يناقى المطلق والعدالة أن يقوم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه في حين أن العاقد الآخر لا يحرك ساكناً. لذلك يجب أن لا يستفيد أحد العاقدين على حساب العاقد الآخر، ومتى أخل أحد العاقدين بالتعاقد وجب أن يتحلل العاقد الآخر منه. من أجل ذلك أعترف للعاقد بحق الاحتجاج بدفع الاتفاق غير المنفذ *non adimpleti contractus* وهذا الدفع يسمح للعاقد أن يعارض طلب التنفيذ الموجه إليه من العاقد الثاني إذا لم يقم هذا الأخير في الوقت نفسه بتنفيذ تعهده. وقد ترتب على هذه القاعدة نتيجة أخرى وهي أنه ما دام أحد العاقدين لم يحصل من العاقد الثاني على ما تعهد به، فيجوز للأول أن يطلب فسخ العقد^(١)

٣٣٦ — **التعويض القانوني** أشار القانون الفرنسي في المادة ١١٨٤ إلى تضمين العقود الثنائية شرطاً فاسخاً ضمناً في حالة عدم قيام أحد العاقدين بوفاء ما التزم به، على أن يكون الفسخ بحكم قضائي بناء على طلب أحد الخصوم. ولم يشر القانون المصري صراحة إلى الشرط الضمني الفاسخ بل اكتفى في المادة ١١٧/١٧٣ بتقرير أنه إذا امتنع المدين من وفاء ما هو ملزم به بالتزام فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد... فإذا لم يدفع المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه كان للبائع الخيار بين فسخ البيع أو الزام المشتري بدفع للالتزامات التعاقدية الثمن (م ٣٣٢/٤١٣ مدني).

٣٣٧ — **في خصائص الفسخ**. لا يعدو الفسخ أن يكون (١) جزاءاً للالتزامات التعاقدية (٢) وتفسيراً لنية العاقدين.

(١) ويرتب على اعتبار الفسخ جزاء النتائج الآتية : —

١ — لا يقضى بالفسخ إلا إذا كان عدم الوفاء منسوباً إلى المدين فإذا

(١) لم ترد هذه القواعد في القانون الروماني، وهي من وضع رجال الدين القانونيين *les canonistes* ويسمى الشرط الفاسخ *pacte commissoire*

كان عدم الوفاء مرده الى سبب أجنبي عن المدين أو قوة القاهرة فلا تخل لتطبيق نظرية الفسخ . وإذا صح أن القوة القاهرة يترتب عليها انحلال العقد لكن الانحلال يكون سببه استحالة الوفاء . وفي هذه الحالة ينحل العقد من تلقاء نفسه *de plano* لأن التزام أحد الماعدين في العقود الثنائية لا يبق متى زال أو انقضى التزام العاقد الثاني . وليس للدائن في هذه الحالة أن يتوجه بأى طلب الى المحكمة . ويفرض تدخل المحكمة ، فمن يكون الغرض من تدخلها إلا اثبات الانحلال بسبب ما اعترى العقد من تمزق وتقطع في وجوده وكيانه ، ويقتصر حكم المحكمة على إعلان هذه الحالة الجديدة .

ب - لا يقع الفسخ إلا بحكم قضائى ، لأن الانسان لا يستطيع أن يقضى لنفسه بنفسه ^(١) وتملك المحكمة رفض طلب الفسخ إذا كان طالب الفسخ لم يقيم بوفاء ما تعهد به ^(٢) . على أن المحكمة تملك الاذن بالوفاء على أقساط وبميعاد لا تقا إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم للمدين (م ١٦٨ / ٢٣١ مدنى) فإذا لم يقيم المدين بالوفاء فى نهاية الأجل الممنوح له ، فسخ العقد . وجرى العمل على أن المحكمة ، توقفا لهذا الاحتمال ، تقضى بالفسخ سلفاً فى حالة عدم الوفاء ، تفادياً من تحميل الدائن مشقة ومصاريف رفع دعوى أخرى من جديد .

وإذا كان الأصل فى الفسخ أنه لا يقع إلا بحكم قضائى ، فليس من الضروري أن يسبقه ثبوت تقصير المدين *mise en demeure* (نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ د ١٩٢٣ ، ١ ، ٢٢) ولكن الفسخ يقترن دائماً بالمطالبة بتعويض وفى هذه الحالة يجب اثبات تقصير المدين . ويجوز الاتفاق على وقوع

(١) وفى هذا يختلف فسخ العقود الثنائية عن المبرط الفاسخ المادى لأن فسخ العقود الثنائية يشترط جزاء

(٢) سم ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ تق ج ١٦ ، ١٢٠ ، وقرن سم ٣١ مايو سنة ١٩١٤ تق ج ٢٦ ، ٤٠٣ ، ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ ، ٢٠٨ . ونقض فرنسى ٣٠ يولية ١٩٢٨ دالوز الاسبوعى ١٩٢٨ ، ٤٩٣ .

الفسخ بحكم القانون دون حاجة الى صدور حكم قضائي ، وذلك لأن الفسخ ليس من النظام العام .

(٢) يترتب على اعتبار الفسخ تفسيراً لنية المتعاقدين النتائج الآتية :

١ - لا يكفي مجرد عدم تنفيذ التعهد ليكون للدائن حق الفسخ ، إنما يشترط أن يكون الاخلال جسماً لكي يترتب عليه حسب نية المتعاقدين ، فسخ التعاقد . لذلك لا يلتفت دائماً الى عدم الوفاء الجزئي . وما لا شك فيه امكان تصور الفسخ من الوجهة النظرية ، مهما كان الاخلال بالتعهد طفيفاً ^(١) . ولكن يتعذر تصور وقوع الفسخ ، من الوجهة العملية متى كان المبلغ الباقي في ذمة المدين ضئيلاً . لذلك يتعين على المحكمة أن تستقصى نية العاقدین وقت التعاقد .

ب - لا يسرى الشرط الضمني الفاسخ الا على العقود التي تتوافر في الالتزامات المترتبة عليها رابطة التبعية أى العقود التثائية كعقود البيع عدا البيوع الخاصة لشروط خاصة بسبب موضوع البيع كصيدلية أو بسبب كيفية وفاة الثمن كما لو كان ابراداً مقررأ مدى الحياة (م ٤٨٠ / ٥٨٨ مدني) أو بسبب تسجيل الحقوق العينية المقررة من المشتري (م ٦٢٠ / ٧٤٧ مدني) وكالحالة التي نصت عليها المادة ٤١٧ مدني مختلط وما نصت عليه المادة ٦٢١ / ٧٤٨ مدني والمادة ٣٥٤ / ٣٦٤ تجاري والمادة ٦٣٥ مرافعات مختلط . ولا يجوز فسخ القسمة بسبب عدم تنفيذ أحد المتقاسمين الالتزامات التي تحملها. ^(٢) وذلك لأن القسمة تقتضي اجراءات معقدة وطويلة ، وبمس مصالح عديدة يترتب على نقضها أضرار كثيرة . ويلاحظ من جهة أخرى أن القانون رتب للمتقاسمين امتيازاً على العقار الشائع . وهذا الامتياز فيه الكفاية لضمان حقوق المتقاسمين (م ٦٠٢ / ٧٢٨ مدني) .

(١) حضن فرلنى ٢٣ ديسبر سنة ١٩١٢ د ١٩١٣ ، ١٤ ، ٤٧

(٢) حضن فرلنى ١٤ مايو سنة ١٨٣٣ س ١٨٣٣ ، ١٤ ، ٣٨

ج — لما كان الفسخ يعتبر مفسراً لنية العاقدين فهو يؤثر في الماضي . ويكون شأنه كالشرط الفاسخ العادى (انظر بند ٦١ ص ٧٢) وهذا الاثر يقع بالنسبة للعاقدين فيزول العقد في الماضي وفي المستقبل . ففي عقد البيع يلتزم المشتري بأن يرد الى البائع المبيع . وتستطيع المحكمة أن تقضى على المدين المتخلف بتعويض الطالب . وأما بالنسبة للغير فيزول الحقوق العينية المقررة بمعرفة الحائز . ولكن المشرع عمل على صيانة الحقوق العينية العقارية بالنسبة لعقد البيع (م ٧٤٧/٦٢٠ مدنى وما نصت عليه المادة ٣٤٠ مدنى مختلط) .

٣٣٨ — **في صور الشرط الفاسخ** . بما أن الشرط الفاسخ جاء مفسراً لنية العاقدين ، فلمهم أن يعدلوا مدى هذا الشرط الضمنى بشرط صريح فيزول الشرط الضمنى الفاسخ ليحل محله الشرط الصريح الفاسخ .
pacte commissoire exprès . إنما اذا اكتفى العاقدان بذكر الفسخ عند اخلال احد العاقدين بالتزاماته ، فلا يفيد هذا البيان شيئاً ، لأن الشرطين يتعادلان من جميع الوجوه . ولكن جرى العمل على أن لا يكتفى العاقدان بالإشارة الصريحة الى حق الفسخ بل يضيفان الى هذا أن العقد يفسخ بحكم القانون . وهذه الاضافة يترتب عليها النتائج الآتية : —

(١) يعنى هذا البيان عن تدخل المحاكم فلا يلتزم الدائن برفع دعوى ويتفادى المصاريف وطول الاجراءات ، والعنت المترتب على التقاضى . وهذا هو الغرض الاسمى الذى يحققه هذا البيان .

(٢) وما دام القاضى لا شأن له فى الفسخ ، فلا محل لمنح المدين أجلاً قضائياً للوفاء . (قارن م ٣٣٤ / ٤١٦ مدنى) .

(٣) ولكن هل يعنى الدائن من اثبات تقصير المدين ؟ ترى محكمة النقض الفرنسية ^(١) عدم لزوم التنبيه على المدين تنبيهاً رسمياً لأن عدم الوفاء هو الذى يثير الفسخ من مكنه ، فهو نتيجة عدم الوفاء . لكن جمهور الشراح

(١) نفس قرنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٨٦ د ١٨٨٧ ، ١٤١ ، ٣٨٨

على خلاف هذا الرأي للأسباب الآتية : —

١ — قضى المادة ٣٣٤/٤١٦ مدنى بأنه اذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، انفسخ البيع اذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً . وهذا النص لا يجب تفسيره بالدليل العكس *a contrario* بل بالدليل القيلسى *a simili* . والحل الذى ارتأه القانون لعقد البيع يصلح بالنسبة لكل العقود .

ب — ان ما ذهبت اليه محكمة النقض يحلوز غرض العاقدين ، لانهم قصيدوا من شرط الفسخ « بحكم القانون » إقصاء التدخل القضائى ، ولكنهم لم يقصدوا حرمان الدائن من الخيار ، الممنوح له بمقتضى المادة ١١٧/١٧٣ مدنى ، بين تنفيذ العقد أو فسخه .

(٤) يجوز للعاقدين الاتفاق على فسخ العقد فى حالة عدم الوفاء بدون احتياج الى اثبات تقصير المدين . وهذا الشرط جائز وصحيح . وقد أشارت اليه المادة ٣٣٤/٤١٦ مدنى الا اذا اشترط فى العقد ان البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج الى التنبيه الرسمى ،

المطلب الثانى — فى فسخ العقود لسبب غير منسوب الى المدين

نظرية الفرر (١)

٣٣٩ — تمهيد . تتصل نظرية الفرر اتصالاً وثيقاً بموضوع انقضاء التعهد لاستحالة الوفاء (بند ١٥٨ — ١٦٢) فاذا تعذر تنفيذ تعهد لسبب خارجى لا دخل لأرادة المدين فيه ، كالقوة القاهرة ، أنقضى التعهد وبرئت ذمة المدين عملاً بقاعدة المستحيل لا يلزم (بند ١٥٨) فاذا كان التعهد مصدره عقداً مفرداً ظل كل شئ على ما هو عليه . (بند ١٦٠) . اما اذا كان التعهد مصدره عقداً ثنائياً ، كان كل عاقد دائماً ومدينياً للآخر . والآن ما هو مصير الالتزام

(١) Théorie des risques الفرر لفة بمعنى الخطر

الذى يعتبر مقابلا *Contre - partie* للالتزام الحقيقي لأستحالة الوفاء ؟ هل يبقى أم يزول هذا الالتزام بدوره بسبب ما يقتضيه التعاقد من تحقيق التعادل والتوازن . وبعبارة أخرى أى العاقدين يتحمل فى النهاية وبلا تعويض من العاقد الآخر ، الغرر أى النتائج الضارة المترتبة على استحالة التنفيذ ؟ يتوقف الجواب على معرفة الى أى مدى تعتبر الالتزامات المترتبة على العقود الثنائية مرتبط بعضها ببعض . وهل تظل مترابطة ومتساندة ، يشد بعضها بعضاً ، بحيث لو انهار أحدها ، انهار له الالتزام الآخر .

٣٤٠ - تحرير الغرر بغير العاقدين . لنفرض أن محل كوك نظم رحلة بحرية ثم قامت حرب بحرية منعت تنفيذ العقد . فالمسافرون لم يلتزموا بدفع الثمن الا بسبب تعهد كوك بالقيام برحلة بشروط معينة . وإذا دفع النظارة أجرة مشاهدة رواية تمثيلية ، ثم عدل عن التمثيل بسبب خارج عن ارادة مدير المسرح ، فدفع الأجرة يقابله التزام المدير بعرض مشاهد حسب الشروط المعلن عنها فى الإعلانات . ولم يقع فى خاطر هؤلاء الناس أنهم دفعوا نقودهم لاجل لا شئ . وهم لم يقصدوا تقديم هدية الى محل كوك أو الى مدير المسرح . بل قصدوا ابرام صفقة . وهذه الصفقة ذات أجزاء متباينة ومتضامنة . والالتزامات المترتبة عليها يستند بعضها على البعض الآخر . فإذا سقطت من جانب ، سقطت الصفقة بخلافها . لذلك يتحمل المدين الذى أستحال عليه الوفاء خطر الصفقة . فحل كوك أو مدير المسرح تبرا ذمتها من التزاماتها ، ولكنهم لا يستطيعون مطالبة من تعاقدوا معها بشئ ما ، فاما اللذان يتحملان كل ما ترتب على هذا المشروع الجريز من عناء ومساعى ومصاريف .

٣٤١ - النصوص القانونية . لم يقرر القانون المدين بصفة عامة القاعدة السالفة الذكر ولكنه أورد بمناسبة بعض العقود ، حلولاً خاصة

تقضى بأن استحالة الوفاء التي تزيل الالتزامات الملقاة على أحد العاقدين ، يترتب عليها سقوط الالتزامات المقابلة لها ، وسقوط العقد ذاته .

(١) اذا هلك الشيء المؤجر بقوة قاهرة يفسخ الإيجار حكماً أى بحكم القانون دون أن يكون لأحد العاقدين الرجوع على الآخر بتعويض .
(م ٢٧٠ / ٤٥٤ م) .

(٢) اذا سلم صاحب العمل مهمات الى الصانع وحصل تلفها بسبب قهرى فيكون تلفها على المالك ، ويضيع على الصانع أجرته (م ٤١٧ م) فقرة ثانية / ٥٠٩ م) أى أن الصانع تبرأ ذمته من التزامين وهما (١) أمام العمل (ب) رد المهمات التي تسلمها . ويرأ المالك من التزامه بدفع الأجرة .

(٣) اذا كانت حصة شريك تقديم شئ . وهلك قبل التسليم بقوة قاهرة سقط تعهده لاستحالة الوفاء ، لكن الالتزامات التي تحملها بقية الشركاء تسقط بدورها أيضاً . ومعنى ذلك انحلال الشركة (م ٤٤٥ / ٤٤٢ مدنى فقرة ثالثة) .

وتفترض هذه الحلول وجود قاعدة عامة مقتضاها أن الالتزامات المترتبة على عقد ثنائى ، يكون كل التزام منها شرطاً لوجود الآخر ، فاذا زال التزام زال الالتزام المقابل له ، بكيفية أن العقد ينحل ويقع الخطر على المدين بالالتزام المستحيل تنفيذه . وكل هذا تطبيق لفكرة تساند أو تضامن الالتزامات المترتبة على عقد ثنائى واحد وما يترتب عليها من تحميل المدين المتعذر عليه الوفاء ، خطر الصفقة .

(٤) أعتبر القانون المصرى أن الملكية لا تنتقل الى المشتري إلا بعد تسليم المبيع ، فالمشتري يلتزم بتسليم المبيع الى البائع ، فاذا استحال عليه تنفيذ هذا الالتزام بسبب هلاك المبيع ، فسخ البيع ، وسقط عن المشتري الالتزام بدفع الثمن (م ٢٩٧ / ٣٧١ و ٢٩٨ / ٣٧٢ و ١٧٩ / ٢٤٢ مدنى وبند ١٦١) .

والخلاصة أن الغرر في العقود الثنائية يتحملة المدين الذي استحاله عليه
وفاء تعهده .

المبحث الثاني — أسباب الفسخ التي تؤثر في المستقبل^(١)

٣٤٢ — **عموميات** . نعرض الآن الى أسباب الفسخ التي لا تؤثر في
الماضي ، وهي التي لا يبدو أثرها إلا منذ اللحظة التي يقع فيها الفسخ ، لأن
العاقدين ، والقانون لم يعتبروا تحققها أو تخلفها ، شرطاً لصحة العقد ، وكل
ما في الأمر أن العقد ينحل فقط ، وقد يكون مرد هذا الانحلال ارادة
العاقدين أو ارادة أحدهما ، أو وفاة أحدهما . ويقع الفسخ بحكم القانون
بلا حاجة الى تدخل القضاء كما هو الحال بالنسبة لفسخ التعاقد بسبب
استحالة الوفاء .

٣٤٣ — **المحلول العقد بإرادة العاقدين أو بإرادة أحدهما** . يستطيع
العاقدان بإرادتهما المشتركة أن يتحلا من التعاقد^(٢) . انما يلاحظ أن أحد
العاقدين قد يملك بمحض ارادته فسخ التعاقد اما لأن القانون يعطيه هذا الحق
كحق الموكل في عزل الوكيل نفسه (٥٢٩م/٢٥٠م) أو اذا كان إيجار الشخص
لزمان غير معين (٤٠٢م/٤٩٠م و ٤٠٧م/٤٩٥م) أولان العاقدين وضعوا
شرطاً يبيح لأحدهما فسخ التعاقد .

٣٤٤ — **المحلول العقد لوفاة أحد العاقدين** . القاعدة أن الالتزامات
تنقضى بوفاة الملتزم وذلك لأن الشريعة الاسلامية لا تجيز انتقال التزامات

(١) résiliation (٢) وقد يكون الفسخ ضمنياً كإخطار البائع المشتري بأنه لا يستطيع
توريد الفهم بسبب إعلان الحرب وبسبب الطلقات الحكومية وقد حكم بأن عدم اجابة المشتري على
هذا الاخطار تعتبر قبولا لفسخ البيع (سم ١١ ابريل سنة ١٩١٧ ق ، ج ٢٩ ، ٢٥٨)

المورث الى الورثة. وليس للباثن من سبيل إلا الاعتماد على تركه المدين ؛ ان كان له تركه ، لينفذ عليها ماله في ذمة المورث ، أما الوارث فلا يسأل عن تبهدات مورثة . فالوارث يعتبر من الغير بالنسبة لكل ماله علاقة بتركة المورث . وقد أشار القانون الى بعض عقود تنقضي بوفاة أحد العاقدين وهي العقود التي يلحظ فيها شخصية المدين *intuitu personae* ، كالوكالة (م ٥٢٩ / ٦٥٠ م) وشركات الأشخاص (م ٥٤٢ / ٤٤٥ م) ووفاة الصانع (م ٤١١ / ٥٠٣ م) وقد استثنى القانون عقود الإيجار حيث قضى في المادة ٣٩١ / ٤٧٨ بأنه لا ينقضي بوفاة المؤجر ولا وفاة المستأجر ما لم يكن الإيجار حاصلا للمستأجر بسبب حرفته .

٣٤٥ — في عزم تأثير الفسخ في الماضي . يقع الفسخ دون أن يؤثر في الماضي ، وبهذه الكيفية لا يضر الغير بسبب الفسخ وتظل حقوقهم التي حصلوا عليها كاملة ، وعزل الوكيل لا يؤثر في العقود التي أبرمها مع الغير في حدود وكالته . ولا يترتب على حل الشركة المساهم بالحقوق العينية المقررة قبل الحل ولا في التصرفات التي أبرمت .

الفرع الثامن — في تعديل العقود بواسطة القاضي

٣٤٦ — سلطة القاضي في تعديل العقود . يرى بعض علماء القانون أن هذا سؤال لا يجوز طرحه لأن العقد شريعة العاقدين ، ويتعين على القاضي احترامه . والعاقدون أنفسهم لا يستطيعون أن يتحللوا من الالتزامات التي رتبها العقد ، إلا إذا نسحوه بعقد جديد يقتصر أثره على المستقبل ، ولا يستقبل عاقد بحق الفسخ إلا بمقتضى اتفاق أو بحكم القانون ، ويدل بطلان الشرط الإرادي من جانب المدين على قوة الرابطة الإلزامية المترتبة على العقد وأنها بما لا يسهل فصمها .

لكن المدين يولى وجهه شطر القاضى متأذياً من التنفيذ الكلى للعقد اذا لم يتحقق ما قدر بسبب حدوث أمور غير متوقعة الحصول تجعل تنفيذ العقد سبباً في خرابه . فى حين أن حق الدائن تضربت قيمته وعظمت أهميته بسبب طرآن هذه الظروف غير المعلومة سلفاً . أليس فى اصرار الدائن على اقتضائه حقه كاملاً تقرير لظلم فادح ؟ فالمدين لا ينكر ما التزم به ، ولا يدعى براءة ذمته لكنه يطلب من السلطة التى تقيم العدل التدخل بينه وبين الدائن لاعادة التوازن الاقتصادى الذى اخلت به الأحداث الطارئة

٣٤٧ — نظرية تبدل الظروف . *imprévision* يمكن القول بأن كل عقد يتضمن شرطاً مستتراً مقبولاً من العاقدين مقتضاه أن العقد لن ينفذ على قوامه الاول الا اذا بقى كل شئ على ما هو عليه (*rebus sic stantibus*) فاذا تغيرت الظروف استطاع القاضى أن يعدل شروط تنفيذه . وقد أخذ القضاء الفرنسى بهذه القاعدة فى أوائل القرن التاسع عشر ^(١) وقال بها لارومبير ^(٢) ، وأخذت بها أخيراً بعض المحاكم الفرنسية ^(٣) . وسارت المحاكم الإيطالية ، قبل الحرب وبعده ، على هذه القاعدة ^(٤) . كما أن المحاكم الإنجليزية اتبعتها متسمية باسم *frustration of adventure* ^(٥) . الا ان القضاء الفرنسى لم يأخذ فى جملته أخيراً بهذه القاعدة (نقض فرنسى ١٦ مايو سنة ١٩٢٢

(١) نفس فرنسى ١١ ابريل سنة ١٨٢١ س ، ١٨٢١ ، ١ ، ٢٥٤

(٢) « تنفيى الالتزامات بطرآن ظروف كانت تمنح الماعدين من التماقد اذا كانوا توقعوا حصولها » Larombière. Obligations IV no 1234 ، وعكس ذلك اوبرى وروج .
بند ٣٠٨ ص ١٦٧

(٣) تولوز اول يونيه سنة ١٩١٥ د ، ١٩١٦ ، ٢ ، ١١٢

(٤) Rev. trim de dr. civil 1914 p 349 وقد أخذ رجال القضاء الفرنسى الادارى

بنظرية تبدل الظروف 25 , 3 , 1916 , D Conseil d'Etat 30 mars 1916

(٥) انظر الكتاب القيم لزميلنا الدكتور حامد زكى المدرس بكلية الحقوق ص ٣٥٣ وما بعدها .
L'imprévision en Droit Anglais. Paris 1930. وحوليات القانون

Annales de Droit Commercial 1921 p 279 et 1922 p 41

د، ١٩٢٢، ١٠، ١٣٠) اذ هاله السلطة الخطيرة التي تعطىها للقضاة (١).
ومناهضتها للطبيعة الاقتصادية للعقد وهي تقتضى استقرار العقود الذى هو
أحد دعائم النظام الاجتماعى. ولكن أليس مما هو أذى الى الهول أن يُترك
المدين للدائن يستنزف مادة حياته ويلقيه رمايا بزعم استقرار النظام
الاجتماعى. وبقينا أن النظام الاجتماعى لا يستقر بتمكين الدائن من التقاط
اسلاب المدين الذى صرعه تبدل الظروف، بل باقرار الأمور فى نصابها
المقدر سلفا بين العاقدين.

واذا كان العقد قانون العاقدين لكن يوجد فوق هذا القانون قانون
أعلى، واجب الاتباع أسماه الأستاذ هوريو، الاصول الدستورية للبعاملات
القانونية (٢) وهي تقضى بتغليب العدالة على العقد. ويبدو ذلك فى الاجل
القضائى الذى تمنحه المحكمة للمدين السوء الحظ وفيما قرره المادة ٦٢٨/٥١٤
مدنى من أن الاتفاق على مقابل معين للوكيل لا يمنع من النظر فيه بمعرفة
القاضى وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه. وقياساً على هذه القاعدة يجوز
للمحكمة تعديل أجور الاطباء والمهندسين الممارين. وفى كل هذه الحالات
وما يماثلها لا يكون العقد قانون العاقدين، لأن شروطه تنافرت مع الرفق
الذى يجب أن يسود العقود فاستحالت الى شروط تعسفية. وكل هذه
الاعتبارات هي التى أملت على الحكومات قاطبة، أثناء الحرب وفيما بعدها،
الى وقتنا هذا، اتباع التأجيل الجيرى فيما يختص بالديون التجارية، وتخفيض
الايامارات الزراعية بسبب تبدل الظروف وأجور المساكن (٣) وتعديل
شروط القروض العقارية فيما يختص بمواعيد السداد وسعر الفائدة.

وتقتضى نظرية تبدل الظروف بمنح القاضى حق مراعاة الحوادث غير

(١) Ripert : La règle morale dans les obligations p 150

(٢) « principes constitutionnels du commerce juiddique » راجع مجلة القانون

المدنى Rev Trim. de dr. Civil سنة ١٩٢٦ ص ٣٠٩

(٣) قانون نمرة ٤ لسنة ١٩٢٦

المتوقعة عند تطبيق العقد وتنفيذه . فهذه الظروف هي في الواقع ه ظروف لا تعاقدية *circumstances extracontractuelles* ، ظهرت بعد إبرام العقد فافسدت قوامه ، ومسخت روحه ، واخلت بما فيه من اتساق وتوازن كشرط الدفع بالذهب ، اذا تعذر على المدين الدفع به لسبب خارج عن ارادته ، وتحميله اكلافاً جسيمة ، اذا قسر على الوفاء به

ويرى الأستاذ جوسران أن هذه الحلول ترجع الى فكرة التوازن التعاقدى أو بالأحرى الى فكرة التعسف في أستعمال الحق ، اذ يجب في العقود وفي العلاقات الناشئة بين الناس أن لا يغالى في الحق بحيث يتجاوز الحدود التي ترسمها حسن النية والخلق القانونى المألوف ^(١) .

القضاء الاهلى : أخذ القضاء الاهلى في بعض أحكامه بنظرية تبدل الظروف من ذلك حكم محكمة الاستئناف الاهلية الصادر في ١٩ ابريل سنة ١٩٣١ (الحاماة سنة ١٢، ١، ٦٣) ولكن محكمة النقض المصرية نقضت هذا الحكم (نقض ١٤ يناير سنة ١٩٣٢) ^(٢)

الفرع التاسع — في تفسير العقود

المبحث الاول — عموميات

٣٤٨ — *النصوص القانونية* . وضع القانون الفرنسى تسع قواعد لتفسير العقود (م ١١٥٦ الى ١٦٦٤ مدنى فرنسى) واكتفى القانون المصرى بذكر ثلاث قواعد (م ١٣٨ — ١٤٠ / ١٩٩ — ٢١٠ م) .

٣٤٩ — *في اهمية تفسير العقود* . كانت العقود قديماً تحرر على مقتضى أوضاع متعارفة استظهرها الموثقون . وكانت وظيفة القاضى في التفسير طفيفة

(١) *morale juridique Coutumière* جوسران ج ٢ بند ٤٠٥

(٢) مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة للمدد الاول من ١٢١ و ١٢٢

بسبب التزام العاقدین باستعمال صیغ معينة تحدد سلفا الآثار المترتبة عليها وكان یترب علی اغفال العاقدین لها تجرید ارادتهم من كل أثر . ولما زالت أهمية الاوضاع المرسومة formalisme وحررت إرادات الناس من هذه القيود عظمت أهمية التفسیر ، وتصبحت بسبب حرية الافراد فی اختیار الصیغ التي تلائمهم وتفی بمحاجاتهم . واصبح من المتعين البحث فی قصد المتعاقدين مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجاري فيها .

٣٥٠ — فی طرق التفسیر . يسود التفسیر مذهبان . الاول مذهب الارادة الباطنة (١) وهو المذهب الفرنسى والثانى مذهب الارادة الظاهرة وهو المذهب الالماني (٢)

(١) مذهب الارادة الباطنة . ومقتضاه أن الارادة المتجلية فی العقد لا يعنى بها الا بقدر قدرتها علی تفسیر الارادة الباطنة . والارادة الحقيقية هي التي تكون لها الغلبة علی الصورة التي صبت فيها هذه الارادة . وتكمل الارادة الحقيقية بالارادة الضمنية المترتبة علی القوانين التكميلية التي یحدد القانون بمقتضاها الحلول التي يجب أن يعتبرها القاضی مفهومة ضمناً من العقد عند انعدام شروط خاصة موضوعة ومقبولة من العاقدین . واذا تعذر معرفة الارادة الحقيقية ، وأغفل القانون الارادة الضمنية فيستقضى قصد العاقدین من الظروف والالتزامات التي تحملوها أي تنسب اليهم إرادة مفترضة . والبحث عن الارادة الحقيقية أو المفترضة من المسائل الموضوعية التي ليس لمحكمة النقض سلطان عليها . الا اذا غیر قاضی الموضوع أو شوه هذه الارادة بزعم تفسیر ارادة العاقدین كما لو كانت ارادة العاقدین واضحة جليلة ونسب اليهم إرادة أخرى .

(٢) مذهب الارادة الظاهرة . ومقتضاها أن الأنصاح عن الارادة له قيمة فی ذاته ، ونيجب أن يؤخذ ويسلم بهذه الارادة الظاهرة كما تبدو للعيان

système de la volonté interne (١)

système de la volonté déclarée (٢)

يقطع النظر عن الفكرة التي اتبعت منها هذه الإرادة. لكن تفسير الإرادة يكون على ضوء العادات المسلم بها في شئون الناس المعاشية^(١) فتلاحظ العادات العقلية، والبيئة التي ظهرت فيها الإرادة. ولا يلتفت الى نية العاقدين الا بالقدر الذي بدت فيه في صيغة العقد. وفيما عدا هذا تكون العبرة بالإرادة الاجتماعية التي يستخلصها القاضي من ملاسبات العقد. والتفسير الذي يعطيه القاضي للعقد هو التفسير الذي يتبادر الى ذهن رجل أمين متوسط في شؤنه.

٣٥١—**القانون المصري والجمعية المزمعين**. نصت المادة ١٣٨/١٩٩ مدني بأنه «يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوي للالفاظ المستعملة، مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف التجاري»^(٢) وعلى هذا يكون القانون المصري احترام قصد العاقدين واعتبر في الوقت نفسه العقد ظاهرة اجتماعية يجب أن يراعى في تفسيره ما تقتضيه طبيعة التعاقد والعرف الجاري.

المبحث الثاني— في بعض قواعد التفسير

٣٥٢—**في القصر**. تقضي المادة ١٣٨/١٩٩ م بوجود تفسير العقود حسب قصد العاقدين «مهما كان المعنى اللغوي للالفاظ المستعملة فيها»^(٣). ويقول فقهاء الشريعة الاسلامية «العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني»

ولا بد من التحرز في فهم هذه القاعدة. فيجب أن يفترض أن العاقدين قصدوا ما قالوه وإنهم يفهمون المصطلحات التي استعملوها. فإذا

(١) Rücksicht auf die Verkehrsart (١)

(٢) لم يأخذ القانون المصري بما ذهب اليه القانون الفرنسي مادة ١١٠٩ من أن الرقعة لا يتبع الا في حالة غموض العقد.

(٣) يقابل هذه القاعدة المثل اللاتيني « من يبنى باللفظ فقط لا يصل الى ما وراء النطاء Qui hæret in literâ, hæret in cortice (he who sticks to the letter, goes only skin deep)

استعملوا مصطلحات فنية ، فيجب أن تعطى معانيها الفنية ، إلا إذا قام وجه صحيح للدلالة على العكس ،

ويجب على القاضى أن يدرس كل المستند لنظر فيما إذا كان ما هو مشكوك فى معناه فى موضع ، جلى المعنى فى موضع آخر . لأن العاقدين اذا كانوا فسروا بأنفسهم ، ما استغلق فهمه ، ففضل تفسيرهم . وإذا لم يستطع القاضى استجلاء الحقيقة بهذه الكيفية وجب عليه أن يبحث فيما إذا كان العاقدان استعمالا العبارة أو اللفظ بمعنى خاص . لأنه إذا كان المتبادر الى الذهن أن العاقدين يفصدان أن تودى الألفاظ معناها المؤلف ، المفهوم منها عادة ، إلا أنه من المحتمل أن يكونا استعمالا كلمة خاصة باقليم معين ، أو حرفة معينة . فإذا وضح هذا ، تعين على القاضى أن ينفذ ما قصده العاقدان وليس على القاضى أن يعول على المعنى الأدبى المذكور فى المعاجم بل يعول على علاقات العاقدين وطبيعة أعمالهما ، والظروف المحيطة بالعقد ، معتمداً فى تفهم كل ذلك على البيئة . وليس الغرض من البيئة إثبات ما يخالف العقد بل كشف القصد الحقيقى للعاقدين

٣٥٣ — فى تسمية العقد . وتطبيقاً لقاعدة عدم التقيد بالمعنى الحرفى للألفاظ ، صار من القواعد الثابتة أن لا يتقيد القاضى بالتسمية التى يطلقها العاقدان على العقد ، جهلاً أو إخفاءً لحقيقته للأرب خاص . وواجب القاضى هو أن يبحث عما قصده العاقدون حقيقة ولا يتقيد بما صدر عنهم من القول (١) وقد يكون للتسمية أهمية لتحديد حقوق العاقدين . فإذا وُصف أحد العاقدين بأنه مؤجر كان له امتياز المؤجر ، وقد يكون العقد بيعاً فلا يكون له هذا الامتياز ، وقد يسمى شخص بأنه شريك فى حين أنه مقرض .

(١) قاض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٨٧ ، ١٤٥ ، ٥٠٠ وسم ٨ مايو سنة ١٩٠١

تق ١٣ ، ٣٠٦ وسم ٢ يناير سنة ١٩١٩ تق ٣١ ، ٩٣

وليس لهذه التسمية أثر في حقيقة العقد^(١)

٣٥٤ - في تفسير العقر بكيفية التنفيذ . تعتبر الكيفية التي حصل بمقتضاها تنفيذ العقد خير تفسير له في حالة غموضه . فإذا أجاز عاقد لآخر اجراء فعل فلا يقبل اعتراضه بعد ذلك . ولا شك في أن خير وسيلة لتعرف قصد العاقدين الاعتماد على الافعال التي صدرت منهم^(٢) لأنها تتم عن قصدهم الحقيقي . على أنه يجب الاحتراز من أن يكون العاقدان أو أحدهما أخطأ في فهم ما حصل الاتفاق عليه . فتصدر منهما أفعال ، بناء على هذا الخطأ ، تتنافر مع ما قصدها وقت التعاقد .

٣٥٥ - أعمال الكسوم أو لى من أهمل^(٣) . ومعنى هذا أن لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى . اذ يفترض أن العاقدين لم يقصدوا ذكر كلمة أو نص عبثاً ، فإذا احتمل النص معنيين حمل على ماله أثر (سم ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ . تق ١١ ، ٦٠ وسم ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ تق ١٢ ، ٢٦٢) أو على ما يتفق مع موضوع العقد^(٤) . وإذا كان أحد المعنيين مصحح للعقد والثاني مبطل له ، وجب الأخذ بالمعنى الاول . وإذا تعذر أعمال الكلام على معنى حقيقى أو مجازى يهمل كما لو أوقف على أولاده وليس له أولاد

٣٥٦ تفسير الشك على ضوء العرف . اذا تشكك القاضى في معنى العقد فصره وفقاً للعادة المتبعة في الاقليم الذى حرر فيه العقد^(٥) . فإذا

(١) سم ٨ مايو سنة ١٩٠١ تق ج ١٣ ، ٣٠٦

(٢) سم ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ تق ح ١١ ، ٢٤٤ وسم ٧ يناير سنة ١٨٩٢ تق ج

٩٩ ، ٤

(٣) قاعدة فقهاء قررهما علماء أصول الفريضة الاسلامية . وقد وردت في المادة ١١٥٧

من القانون المدنى الفرنسى .

(٤) المادة ١١٥٨ من القانون المدنى الفرنسى

(٥) المادة ١١٥٩ من القانون المدنى الفرنسى

حرر عقد في القاهرة وذكر الجنيه بدون تعيين نوعه ، انصرف المقصود الى الجنيه المصرى . ولكن قد يستفاد من ظروف الحال أن المقصود هو المعنى المفهوم في محل تنفيذ العقد .

٣٥٧ - في اه العرف جزء مهم للعقد . يعتبر ما يقضى به العرف جزءاً متمماً للعقد ولو لم يذكر فيه ^(١) . ويقول علماء الاصول « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » . ولا تقتصر وظيفة العرف على تفسير العبارات الغامضة بل انه يعين القواعد القانونية التي تسرى على العاقدين ، بشرط أن لا يكون العاقدان اتفاقاً صراحة على ما يخالف العرف . من ذلك أن المستأجر يجوز له أن يستعمل الشيء الذى استأجره فيما اعد له (م ٣٧٦ / ٤٦١ م) انما لا يجوز له أن يحمل من المنزل الذى استأجره للسكنى فندقاً أو متجراً . أو يحدث فيه تغييراً لم يقع في خاطر المؤجر . واذا استمر المستأجر بعد انتهاء مدة الايجار منتفعاً بالشيء المؤجر برضاء المالك تجدد الايجار بالشروط السابقة عن المدة التي يحددها العرف (٢٨٦ / ٤٧١ م) .

٣٥٨ - في تفسير الشك لمصلحة المدين : تقضى المادة ١٤٠ / ٢٠١ م بأنه في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعدد ، ومعنى ذلك أن الأصل هو خلو الانسان من كل التزام « الأصل براءة النعمة » ، ولا يعتبر الانسان ملتزماً الا إذا قبل بحمل الالتزام . وعلى من يدعى التزام الغير أن يقيم الدليل على دعواه . وتقول المادة ٢١٤ / ٢٧٨ و ٢٧٩ م « على الدائن اثبات دينه ، وعلى المدين اثبات براءته من الدين » . فاذا قام شك في التزام المدين بالأقل أو بالأكثر ، فعلى الدائن أن يقيم الدليل على التزام المدين بالأكثر ^(٢)

(١) المادة ١١٦٠ من القانون المدنى الفرنسى

(٢) سم ١٧ مايوسنة ١٩٠٠ تق ١٢ ، ٢٦٢ وسم ٦ يونيسنة ١٩٠١ تق ١٣ / ٢٦٢ وسم ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ تق ١٥ ، ١١
ونس القانون المدنى الفرنسى في المادة ١٦٠٢ على أن النصوص الغامضة تفسر ضد مصلحة البائع بزعم أن البائع هو الذى يحدد الثمن ويضع شروط البيع وقد أغفل القانون المصرى هذه القاعدة

الفصل الثاني

في التعهدات المترتبة على الأفعال أو أشباه العقود

٣٥٩- تقسيم. قد يكون مصدر التعهد شيئاً آخر خلاف العقد كالفعل. والفعل قد يتولد عنه منفعة أو ضرر للغير. وسنقصر القول في هذا الفصل على الأفعال التي يترتب عليها منفعة وهي أعمال الفضولي أو الفضالة واسترداد المدفوع بلا وجه حق والاثراء على حساب الغير. وسنخصص الفصل التالي للكلام على الأفعال التي يترتب عليها ضرر.

٣٦٠- شبه المقرر. يعبر الشراح الفرنسيون عن الأفعال التي يترتب عليها منفعة للغير بأن مصدرها شبه عقد *quasi contrat* وقد تحاشى القانون المصرى استعمال هذه الكلمة، فقد أشار في المادة ٩٣/١٤٦ الى مصادر التعهدات فقال « التعهدات اما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص في القانون، ويتقيد الشراح اطلاق كلمة « شبه عقد » على استرداد المدفوع بلا وجه حق والاثراء على حساب الغير، ولا يسلبون باطلاق هذه الكلمة إلا على أعمال الفضولي ^(١) لأن الفضولي اذا عمل بناء على عقد فعمله يكون عمل وكيل ويفقد صفة الفضالة ^(٢)

(١) ومع هذا يرى الأستاذ جوسران (ج ٧ بند ١٤٤٨ أن الفضالة محصورة مفرد *acte unilateral de volonté* أى تصرف قانونى مفرد من حيث التكوين وتنتهى من حيث الآثار

(٢) تستعمل المحاكم المختلطة كلمة شبه عقد *quasi contrat* (سم أول ديسمبر سنة ١٩٠٢ - ١٥، ٦٤) وقد حذفت القوانين الحديثة هذه الكلمة « القانون الألماني والويسرى »

٣٦١ - **الاثبات**. لم يضع القانون المصرى قواعد خاصة باثبات شبه العقد لذلك تسرى عليه قواعد الاثبات العامة (م ٢١٥ / ٢٨٠ مدنى) ولما كانت التعهدات المترتبة على شبه العقد هى نتيجة فعل ، فمن الطبيعى ان كان اثباتها بالبينة . فالفضولى لا يستطيع دائماً أن يقدم دليلاً بالكتابة عما فعله لمصلحة الغير ، فاذا أدى خدمات شخصية الى الغير استطاع اثباتها بالبينة (سم ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ تق ج ١١ ١٣٣٠) ولكن اذا تعاقد الفضولى مع الغير ودفع نقوداً فلا يجوز له اثبات ما أجراه من هذا القبيل بالبينة إلا اذا منعه مانع « عن الاستحصال على كتابة مثبتة للدين » (م ٢١٥ / ٢٨٠ مدنى) .

الفرع الاول - أعمال الفضولى أو الفضالة^(١)

٣٦٢ - **الفضالة**. الفضالة هى قيام شخص باختياره بعمل لمصلحة الغير دون أن يندب من هذا الغير للقيام بهذا العمل ، كمن يقوم بترميم جدار جاره الغائب اذا كان آيلاً للسقوط ، ويسمى القائم بهذا العمل « الفضولى » *gérant d'affaires* ومن يحصل العمل لمصلحته رب المال *maître* أو *géré* . ولا يشترط أن يكون ما قام به الفضولى عملاً مادياً كترميم عقار أو تأجير لمصلحة رب العمل أو وفاة دين فى ذمة الغير ، بل قد يكون مجرد خدمة كإيقاف حصان جامح فى الطريق اتقاء للاخطار التى يحدثها بالجهور^(٢) . وقد أشارت المادة ١٤٤ / ٢٠٥ م الى أعمال الفضولى فقالت « من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر فيستحق على ذلك الشيء » .

(١) M. Marutle. La notion juridique de la gestion d'affaire 1931

(٢) يجوز للفضولى فى هذه الحالة أن يطالب مالك الحصان بتعويض « محكمة السين التجارية ٣ يناير سنة ١٩٠٠ س ٢ و ١٩٠٢ و ٢١٧ » وكابان « ج ٢ س ٧٢٠ »

مقدار المصاريف التي صرفها والخسارات التي خسرها بشرط أن لا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل الى ذلك الشخص من المنفعة .

٣٦٣ - في مقارنة الفضولي بالوكيل. تتشابه الفضالة بالوكالة في أنها تقتضى القيام بعمل لمصلحة الغير ، لكنها تختلف عن الوكالة في أن الفضولي يقوم بهذا العمل من تلقاء نفسه دون أن يؤمر من الغير ، فاذا علم رب العمل بما يقوم به الفضولي وصادق عليه فقد صفته كفضولي وصار وكيلاً (بودرى تعهدات ج ٤ بند ٢٧٩٥) وإذا تجاوز الوكيل حدود وكالته ، أو استمر في الوكالة بعد انتهاء مدتها المحددة فيعتبر فضولياً (سم ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ تق . ج ١٣ ، ١٣ و بودرى وبارد تعهدات ج ٤ بند ٢٧٩٧) .

ولما كان الفضولي لم يختره رب المال ليقوم بهذا العمل ، وقد يكون للفضولي مصلحة في التدخل ، من أجل ذلك عامله القانون بشيء من الشدة ففرض بأنه (١) يجوز للوكيل أن يعتزل الوكالة ، أما الفضولي فيجب أن ما بدأ فيه أو يتم يستمر في العمل حتى يتمكن رب المال من أن يتممه بنفسه (٢) الوكيل بلا أجر لا يسأل عن الخطأ الطفيف (م ٥٢١ / ٦٣٨) أما الفضولي فيطلب منه أن يرعى مصلحة رب المال كما يرعى رب الأسرة مصالحه un bon père de famille (٣) سلطة الوكيل محدودة في عقد الوكالة . أما الفضولي فهو يلتزم بالقيام بكل الأعمال المتفرعة عن العمل الأصلي (٤) يستولى الوكيل على أجر ، أما الفضولي فلا يستولى على أجر ، بل على المصاريف التي بذلها (٥) يلتزم الموكل بالتعهدات التي تترتب على تعاقد الوكيل مع الغير ، أما الفضولي فلا يستطيع أن يحمل رب المال تعهدات الا اذا قام بالعمل على أحسن وجه (٦) يستطيع الوكيل أن يسترد ما صرفه بنقض النظر عن نجاحه أو فشله فيما قام به ، أما الفضولي فلا

يسترد ما صرفه الا بقدر ما عاد على رب المال من المنفعة .

٣٦٤ - في شروط الفضالة . يشترط في الفضالة توافر الشروط

الآتية : -

(١) يشترط في الفضالة أن تتم بدون علم رب المال لأنه لو علم بذلك استحال الفضولي الى وكيل (سم ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ تق ج ١٧ ، ١١٨٠) .
انما اذا كان رب المال قاصرا ، فعليه بعمل الفضولي لا يغير من صفته لأن القاصر لا يستطيع أن يوكل توكيلا صحيحاً :

(٢) يجب أن توافر صفة الاستحجال في عمل الفضولي ، وأن يكون ما قام به الفضولي كان يقوم به رب المال لو لم يكن غائباً وأن يكون تصرفه كتصرف رب العائلة الذي يرى مصلحة نفسه *bonus pater familias* فاذا قام الفضولي بترميم منزل لا يستحق الترميم ، أو كان مالكة ينوى هدمه فيعتبر ما صرفه الفضولي أنه بذل في غير منفعة رب المال .

(٣) يجب أن تكون النقود التي صرفها الفضولي نافعة ولازمة وتقول المادة ٢٠٥ / ١٤٤ هـ بشرط أن لا يتجاوز تلك المصاريف والخسارات ما آل الى ذلك الشخص من المنفعة » .

٣٦٥ - في رجوع الفضولي على رب المال . يلتزم رب المال الذي

استفاد من أعمال الفضولي أن يعرضه عن جميع المصاريف التي صرفها والخسارات التي خسرها (١) بشرط أن لا تزيد تلك المصاريف والخسارات على ما آل الى ذلك الشخص من المنفعة ، ولكن هل يجوز للفضولي أن

(١) لا يستولى الفضولي على قائمة عن النقود التي دفعها « بلانيول ج ٣ بند ٢٢٨٣ » لكن القضاء الفرنسي يرى قياساً على الوكيل « م ٥٢٦ / ٦٤٧ م » أن الفضولي يستولى على قائمة النقود من يوم دفعها « هضن فرنسي ٢٠ مارس سنة ١٩٠٠ د ، ١٩٠١ ، ١ »

يطالب رب المال بأجرة عن الوقت الذى أنفقه فى سبيل قيامه بعمله ؟ يرى
بودرى (تعهدات ج ٤ بند ٢٨٢١) أن ذلك يدخل فى باب المصاريف
بشرط أن يكون ما يدفع اليه يمثل الوقت الذى أضاعه . ولكن اذا جرح
الفضولى فى أثناء قيامه بعمله فهل يلتزم رب المال بالتعويض ؟ يرى بعض
الشراح أن هذا يدخل فى باب المصاريف وقد أخذت المحاكم الفرنسية بهذا
الرأى (فال Contrats aléatoires بند ٧٢٠ ، ومحكمة السين التجارية ٣ يناير
سنة ١٩٠٠ س ، ١٩٠٢ ، ٢ ، ٢١٧) وعبرة المادة المصرية (١١٤ / ٢٠٥ م)
تساعد على هذا الرأى حيث قالت « خسارات » . وحدث أن سائق قطار فى
السكة الحديد بذل جهداً غير عادى فى اتقاء حادث فأصابه على أثر ذلك
اضطراب عصبى جعله غير صالح للخدمة ، وقد حكم بأنه علاوة على ما
يستحقه العامل من المكافأة طبقاً لقانون المعاشات فإن له الحق باعتباره
فضولياً فى تعويض نظير الخسارة التى درأها عن مصلحة السكة الحديد
باتقائه حادثاً جسيماً للقطار (استئناف أهلى ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ مجموعة
رسمية ٢٠ ، ١٠٠) .

وللفضولى حق حبس الأشياء لحين استيلائه على ما صرف .

الفرع الثانى — فى دفع ما لا يجب

Le paiement de l'indu

٣٦٦ — فى استرداد المرفوع بموهمه . يفترض الوفاء وجود
دين . فإذا اعتقد شخص أنه مدين لآخر ودفع اليه ديناً لا وجود له ، وإذا
ادعى شخص أنه دائن واستطاع أن يحصل على الوفاء ، فى حين أن الدين
لا وجود له جاز لمن أوفى أن يسترد ما دفعه بلا وجه حق . وفى هذا
تقول المادة ٢٥٥ / ١٤٥ م « من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده » .

٣٦٧ - في أساس الاسترداد . أساس الاسترداد أنه لا يجوز للانسان أن يثرى على حساب الغير بلا سبب ، فاذا استولى شخص على شيء بلا وجه حق فهو ثرى بقدر ما تنقص ثروة المولى . فهناك علاقة بين أثره الأول واققرار الثاني ، أى أن الفعل الواحد وهو الدفع يحدث أثرين في وقت واحد . ومن العدل أن من يقبض المدفوع يلتزم على الأقل برد ما استولى عليه .

٣٦٨ - في شروط الاسترداد : يشترط لامكان الاسترداد توافر الشروط الآتية :

(١) الوفاء : يجب أن يكون المولى قام بالوفاء . ويشمل الوفاء دفع نقود أو إعطاء شيء أو القيام بعمل . وإثبات الوفاء يحصل بالطرق العامة للاثبات (٢١٥ م - ٢٢٢ م / ٣٨٠ - ٣٨٧ م)

(٢) انصرام الدين : يعتبر الشخص أنه أوفى مالا يجب اذا كان لم يتحمل أى تعهد كما لو كان التعهد غير موجود أو منقضيًا . ويعتبر التعهد غير موجود اذا اعتقد شخص أنه مدين وأوفى الى دائن وهمى ، أو اذا دفع المدين الى غير الدائن ، أو اذا تلقى الدائن الوفاء من غير المدين . ويعتبر التعهد منقضيًا اذا برئت منه ذمة المدين لآى سبب من أسباب براءة الذمة ، أو اذا أوفى المدين الدين الى دائنه الذى حول الدين الى آخر ، أو اذا فسخ التعاقد أو قضى بطلانه . انما إذا كان سبب بطلان التعهد مخالفته للآداب فلا يستطيع المولى المطالبة بالاسترداد عملاً بقاعدة « لا يجوز للانسان أن يرتب حقاً على عمله الشائن » . ولا يجوز الاسترداد فى حالة وفاء دين طبيعى وإلى هذا أشارت المادة ١٤٧ / ٢٠٧ . وإنما من أعطى باخباره شيئاً لآخر وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون لا يجوز له استرداده ، كذلك « لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع انسان دين شخص آخر غلطاً لدائن .

ذلك الشخص وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع وانعدم سند الدين.
(٢٠٨/١٤٨٢) والفرض هنا أن الدائن الذي استوفى دينه مزق سند الدين.
أو حرقه معتقداً صحة الوفاء الحاصل اليه ، فطالبته بالرد يترتب عليها عدم
امكانه مطالبة المدين ، ويدخل في حكم هذه الحالة سكوت الدائن عن المطالبة
حتى سقط حقه بمضى المدة وتنازل الدائن عن الضمانات التي له قبل المدين.
الأصلي (بودرى وباردج ٤ بند ٢٨٣٦ ونقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٢
١٩١٣، ١، ٩٦) .

(٣) وجود غلط : لا يشترط غلط الموفى اليه لاسترداد ما دفع لكن.
الغلط يؤثر في مقدار ما يسترد كما سنبين ذلك في البند التالي . ولكن يشترط
غلط الموفى لامكان الاسترداد ، فإذا أوفى شخص باختياره ديناً وهو عالم بأنه
غير ملزم بشيء لا يستطيع الاسترداد لأن القانون يميز لكل شخص أن يوفى
دين الغير بصفته فضولياً أو متبرعاً . يترتب على هذا أنه اذا تعذر على الموفى
استرداد ما دفعه من المدين بصفته فضولياً ، فلا يستطيع أن يسترد شيئاً
من الموفى اليه (سم ٢٠ ابريل سنة ١٩١١ تق ج ٢٣ ، ٢٧٤) ويلتزم الموفى
أن يثبت أنه ارتكب غلطاً لامكان الاسترداد كالغلط في وجود الدين ، أو
في الصفات القانونية للدائن أو المدين أو في الأسباب القانونية التي تتيح له
عدم الدفع .

على أنه لا يشترط اثبات الغلط لامكان الاسترداد إذا حصل الوفاء
عن دين منسوخ résolu أو عن سبب مستقبل لم يتحقق بعد .

٣٦٩ -- في مقدار ما يسرد . يتعين مقدار ما يرده الموفى اليه غلطاً
تبعاً لحسن أو سوء نيته ، فإذا كان سيء النية - أى اذا استلم وهو عالم أنه
لا يستحق شيئاً قبل الموفى التزم برد المبلغ الذي قبضه أو الشيء الذي استلمه
مضافاً اليه الفوائد والثمار من يوم القبض . وفي هذا تقول المادة ١٤٦/٢٠٧
مدنى : فإذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه له كان مشلولاً عن

قصدته وملزماً بقوائده وريعه ، وتستحق الفوائد بلا حاجة الى ثبوت تقصيره بانذار أو نحوه (سم ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ تق ١٨،٩ وسم ٨ فبراير سنة ١٨٩٨ تق ١٠، ١٢٧) . وإذا كان حسن النية فلا يلزم إلا برد ما استولى عليه ولا يلزم بدفع فوائد التقود التي استولى عليها ^(١) .

إنما إذا لم يعد الموفى اليه في وقت الاسترداد حائزاً للشيء الذي استولى عليه فلا يسأل إلا عن خطئه اذا كان حسن النية . أما اذا كان سيئ النية فيكون مسئولاً في جميع الأحوال عن قصده ويلزم بالرد حتى لو هلك ما استولى عليه بقوة قاهرة (م ١٤٦ / ٢٠٧ مدني) .

وإذا تصرف بالبيع في الشيء الذي استولى عليه بحسن نية التزم برد الثمن . ولا يلزم برد شيء اذا تصرف فيه بعقد من عقود التبرعات ، وإذا كان سيئ النية فيسأل في جميع الأحوال عن القيمة الحقيقية للشيء الذي لا يستطيع رده . وإنما اذا كان الموفى اليه عديم الأهلية بأن كان قاصراً فلا يلزم حتى لو كان سيئ النية إلا برد مقدار ما عاد عليه من المنفعة (١٣١ / ١٩١ م)

ويجوز للموفى اليه غلطاً مطالبة الموفى بمراعاة المصاريف التي تحملها لحفظ الشيء في الفترة بين الوفاء والاسترداد لا فرق في ذلك بين الموفى اليه الحسن أم السيئ النية ، لأن هذه المصاريف حاصلة لاحالة لو كان الشيء بقي لدى الموفى

الفرع الثالث — في الاثراء بلا سبب ^(٢)

L'enrichissement sans cause

٢٧٠ — في أموال الاثراء بلا سبب : اعترف القانون في أحوال كثيرة بحق مطالبة من أثرى على حساب الغير بلا سبب ، تطبيقاً لهذه القاعدة

(١) سم ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ تق ج ١٢ ، ٢٧

(٢) Rev Trim سنة ١٩٢٢ ص ٣٥ سنة ١٩٠٤ ص ٧٢٧ Ripeiri. la règle morale

بند ١٢٢ وما بعده وجوسرانج ٢ بند ٥٦ وما بعده

العامة التي مقتضاها « لا يجوز الأثر بلا وجه حق على حساب الغير
nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui وهي قاعدة تقضى بها
العدالة ، وتلتزم المحاكم بمراعاتها ولو أنها لم ترد في القانون ، بل يلتزم المشرع
باحترامها ، فهي من تلك الأصول الأولية للعدل اللازمة لتحقيق التوازن
بين ثروات الناس وهي لا تقل شأنًا عن قاعدة « لا يستطيع انسان أن
يلحق ضرراً بغيره دون أن يلتزم بتعويض ذلك الضرر » ^(١) ولم ينص
القانون صراحة ^(٢) على هذه القاعدة ولكنه طبقها في بعض الأحوال
وهاك يانها :

- (١) إذا حصل الغراس والبناء من شخص بمهمات وأدوات نفسه في
ملك غيره واختار صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء فيكون مخيراً بين دفع
قيمة الغراس أو البناء مستحق القلع وبين دفع مبلغ مساو لما زاد على قيمة
الأرض بسبب ما حدث بها (م ٦٤ و ٦٥ / ٨٩ و ٩١ مدني)
- (٢) من استحصل على بطلان مشاركة لعدم أهليته لا يكون ملزماً إلا
برد قيمة المنفعة التي استحصل عليها بتنفيذ المشاركة من المتعاقد معه ذي
الأهلية (م ١٣١ ، ١٩١ مدني)
- (٣) إذا تعاقد أحد الشركاء مع الغير باسم الشركاء أو باسم الشركة
وكان مأذوناً بذلك جاز لهذا الغير في كل الأحوال حق مطالبة كل من الشركاء
بقدر حصته في الربح الحاصل من العمل (٤٤٤ / ٥٤١ مدني) .
- (٤) يجب على المودع أن يؤدي للوديع المصاريف المنصرفة منه لحفظ
الوديعة ويعطيه بدل الخسائر التي نشأت له عنها (٤٨٨ / ٥٩٦ مدني) .

Nul ne peut causer injustmet un dommage à autrui sans (١)
être tenu de le réparer.

(٢) نص القانون الألماني على هذه القاعدة في المادة ٨١٢ مدني ، وقانون التهادت
السويسري في المادة ٦٢ ومفروع القانون الفرنسي الإيطالي في المادة ٧٣

(٥) يشتمل قانون التجارة البحرى على تطبيقات هامة لهذه القاعدة فى الخسارات البحرية. فقد أشارت المادة ٢٣٧ إلى العوار المشترك- *avarie com-mune* وهو الضرر المادى الذى يلحق السفينة أو المشحونات بفعل القبطان أو المصاريف التى يصرفها لمصلحة السفينة أو المشحونات المشتركة بشرط أن يكون ما لحق السفينة من ضرر أو ما صرفه عاد بفائدة مشتركة. فإذا القيت فى البحر بعض المشحونات تخفيفا للسفينة وأمكن بهذه الطريقة انقاذ السفينة من الغرق فليس من العدل أن يتحمل مالك البضاعة الملقاة فى البحر كل الضرر. وإذا كان من المتعين أن يتحمل نصيبه من الخسائر فيجب أن لا يتحمل أكثر من نصيبه وأن يتحمل مالك السفينة وملاك المشحونات حصتهم فى الخسائر وإذا حجزت السفينة بفعل العدو تحمل القبطان مصاريف ردها ورد ما فيها من البضائع فيجب أن يتحمل كل شخص استفاد من هذا الرد حصته فى تلك المصاريف.

وقد طبقت المحاكم قاعدة الأثر بلا وجه حق بالنسبة لشركات المحاصة، وهى الشركات المستترة التى ليس لها شخصية، فقضت بأنه إذا تعاقد الغير مع أحد الشركاء فيها، جاز للغير أن يطالب بقية الشركاء بمقدار ما عاد عليهم من المنفعة بدعوى الأثر بلا سبب *de in rem verso* (سم ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ قج، ١١، ١٥٧) وإذا نزع العقار بمرقة مالكه من تحت يد المشتري جاز لهذا الأخير أن يطالب المالك برد المصاريف الضرورية والمقيدة التى صرفها بقدر ما عاد على المالك من الفائدة منها (سم ١٦ مارس سنة ١٨٩٩، قج ١١، ١٦٢)

٣٧١ - فى شروط دعوى الأثر بلا وجه حق. يشترط لاقامة هذه الدعوى توافر الشروط الآتية^(١)

(١) الأثر *enrichissement* يجب أن يثبت أن ثروة المدين زادت

(١) غنى فرنسى ١٥ يونيو سنة ١٨٩٢ س ١٨٩٢، ١٤، ٢٨١ وتعليق *Labbé*

قيمتها ، فلا يكفي أن يكون المدين قبض النقود ، فقد لا يترتب على قبضها اثرؤه اذا كان معتموها والقاهها في النيل . ويشترط جمهور الشراح أن يكون فائض القيمة مقوماً ^(١) بالنقود ومحققاً وموجوداً كانشاء مبان أو ترميمات لكن يرى القضاء الفرنسي انه يكفي لرفع هذه الدعوى أن يكون الدائن زاد في ثروة المدين العقلية والخلقية ، فالدرس الذي لا يحصل على أجرته من والدى التليذ يستطيع أن يطالب التليذ (مونبليه ٢ فبراير سنة ١٨٥٩ د ١٨٥٩ ، ٢ ، ٢١٣) .

(٢) انتقاص ثروة الدائن appauvrissement يجب أن يكون الاثراء نتيجة مباشرة لاقتار الدائن ، فاذا قام شخص بعمل لمصاحبة نفسه وافاد عرضاً شخصاً آخر فلا محل للمطالبة . كما لو أجرى تحسينات في منزله استفاد منها الجيران أو اذا طهر مجرى ماء لمصلحته الشخصية واستفاد بقية الملاك . (٣) أن يكون الاثراء بلا سبب : والمقصود به بلا سبب ، أن يكون بلا مسوغ قانوني ، فاذا كان الاثراء نتيجة استعمال حق فلا محل للمطالبة كما لو صرح مالك منزل لشخص أن يقيم في منزله ولم يطالبه بأجرة ثم غادر الساكن المنزل ، وبعد انقضاء فترة من الزمان طالبه المالك بأجرة ، فلا محل للمطالبة لأن ظروف الحال تفيد أنه قصد عدم مطالبته بأجرة . واذا اعتاد شخص أن يؤدي عملاً لوالده ، فظاهر الحال يدل على أنه قصد أن يؤدي هذا العمل مجاناً . واذا أجرى مقاول مرمة في منزل بناء على طلب المستأجر فلا يجوز للمقاول مطالبة مالك المنزل بمصاريف المرمة (م ٣٧٠ / ٤٥٢ مدني) بسبب التزام المستأجر برد ما استأجره بالحالة التي هو عليها بغير تلف حاصل من فعله أو فعل مستخلمي (م ٣٧٨ / ٤٦٣ مدني) .

(٤) عدم امكان المطالبة بدعوى أخرى . اذا استطاع الدائن أن يطالب

(١) يقوم الاثراء في اليوم القى تمام فيه الدعوى ، لا في اليوم القى حصل فيه الاثراء (بودرى وباردج ٣ بند ٧٨٧٧)

المدين بدعوى غير دعوى الاثراء بلا سبب كالدعوى المترتبة على عقد أو جريمة أو شبه جريمة أو الفضالة فلا يجوز له اقامة دعوى الاثراء (١) لأنها دعوى احتياطية subsidiaire فإذا تعذر عليه المطالبة بسبب عدم امكانه اثبات حقه فلا يستطيع أن يتخذ الاثراء بلا سبب مساعاً للبطالة بحق سقط بمضى المدة أو يتخذ الاثراء مساعاً لهدم قواعد الاثبات (٢) .

(١) قاض فرنسي ٢ مارس سنة ١٩١٥ د ١٩٢٠ د ١٠٧

(٢) قاض فرنسي ١١ يولية سنة ١٨٨٩ د ١٠٥ د ٣٩٣ .

الفصل الثالث

في التعهدات المترتبة على أفعال غير مشروعة^(١)

الفرع الاول - في الجريمة وشبه الجريمة

٣٧٢ في الفعل غير المشروع . وهو الذى يرتكبه الانسان فيلحق بلا وجه حق ضرراً بحقوق الغير ، ويلتزم فاعله بحكم القانون بتعويض المجنى عليه عما لحقه من الضرر بفعله . كما اذا جرح سائق سيارة أحد المارة ، أو بتركه كسقوط منزل وقتل أحد المارة . ويعتبر التزام الفاعل بالتعويض التزاماً قانونياً لأنه يتحملة رغم أرادته سواء أكلن الفعل متعمداً أو غير متعمد ، أى جريمة أو شبه جريمة فالالتزام واحد في الحالتين .

٣٧٣ - في الجريمة . تتميز الجريمة بأنها تقع عمداً أى أن الفاعل يقصد بفعله أو بتركه أحداث ضرر بالغير ، وبأنه لا يجوز الاتفاق سلفاً على عدم المسؤولية المدنية عن الجريمة .

٣٧٤ - في شبه الجريمة . تتميز شبه الجريمة بانعدام تعمد الضرر ، وبأن الفعل أو الترك الذى أحدث ضرراً بالغير سببه الإهمال ، أو عدم الاحتياط . وبأنه يجوز الاتفاق سلفاً على عدم المسؤولية المدنية عن شبه الجريمة لأنها تتكون فى الغالب من اخطاء بسيطة .

٣٧٥ - في الجريمة العنصرية والجريمة الجنائية . تطلق الجريمة المدنية

Pr. El Sanhoury et Dr. Bahgat, La responsabilité délictuelle (١)

على كل خطأ يرتكبه الانسان يتسبب عنه ضرر للغير، ونطلق الجريمة الجنائية على كل فعل أو ترك يترتب عليه عقوبة جنائية. وهما يختلفان من الوجوه الآتية :-

(١) يعنى المجتمع بالجريمة الجنائية ويعتبر خصماً لمرتكبها. أما الجريمة المدنية فلا تهم الا فاعل الضرر والمجنى عليه. وجزاء الجريمة الجنائية الحبس أو الغرامة وجزاء الجريمة المدنية الزام الفاعل بدفع تعويض نقدي الى المجنى عليه.

(٢) الجريمة المدنية أوسع مجالاً من الجريمة الجنائية لأنها تشمل كل الأفعال الضارة التي تلحق ضرراً بالغير. أما الجريمة الجنائية فهي معينة بنص القانون، ولا عقوبة بلا نص

(٣) لا يشترط في الجريمة الجنائية أن يترتب عليها ضرر يمكن تقويمه بالمال كبعض جرائم الشروع، والمخالفات التي لا يترتب عليها ضرر للأفراد. ولا تقع الجرائم المدنية كلها تحت طائلة قانون العقوبات كمعظم أحوال الإهمال.

(٤) لا يكتسب الحكم الجنائي قوة الشيء المحكوم به بالنسبة للمسئولية المدنية فإذا قضى ببراءة سائق سيارة من جريمة جنائية، جاز للمجنى عليه أن يقاضيه أمام المحكمة المدنية لمطالبته بتعويض^(١) بسبب الجروح التي أحدثها به السائق باهماله. إنما اذا اختار المجنى عليه المحكمة المدنية وقضى برفض دعواه، فلا يجوز له بعد ذلك الادعاء مدنياً أمام المحكمة الجنائية (م ٢٣٩/٢٦٨ تحقيق جنابات).

٣٧٦ - في نشوء نظرية المسئولية عمه الأفعال غير المشروعة. نظرية المسئولية من أم المسائل التي يجب أن يعنى بها المشرع. إذ يتعين عليه أن يحدد لكل فرد المجال المشروع لنشاطه بحيث لو تجاوزه تعرض للمسئولية.

(١) قض أهل ٧ ماي سنة ١٩٣١ الحملة سنة ١٢ حكم رقم ١٥٣ س ٢٨٥

ولا يعدو هذا التحديد عن أن يكون تنظيمًا للكفاح في تحصيل المعاش ، وتنسيقاً للحياة المشتركة . من أجل ذلك كانت الحلول التي تقتضيها المسؤولية مثاراً للجدل منذ أبعد العصور ، وما زالت حتى الآن الشغل الشاغل للفقهاء . وقد قدر لهذه النظرية أن تنشأ نشأتين منذ عهد الرومان الى الآن . قراها تمضى قديماً ، ثم تعود القهقري الى مبتدأها ، وهي في كل هذا تحوم حول فكرتين ، وتدور حول قطبين ، وهما الخطأ — فتسمى بالمسئولية الذاتية subjective ، والغرر (الخطر) فتسمى بالمسئولية الشئئية أو مسئولية غرر الحرقه .

٣٧٧ — المسئولية الشئئية . كانت المسئولية في القانون الروماني شئئية أى تقع مستقلة عن فكرة الخطأ كرد فعل منبعث من المجنى عليه ضد السبب الظاهر للضرر ، فكما يثور الطفل على الدمية التي جرحته كان الانسان في تلك العصور يقتضى التضمن عن كل ما يصيب شخصه أو ذويه ، دقة بدقة ، دون التفات الى مباشر الضرر طفلاً كان أو حيواناً أو جماداً . فكان يترك مباشر الضرر ، عبداً أو حيواناً أو جماداً ، لإمرة المجنى عليه .

٣٧٨ — المسئولية الذاتية . تهذبت العقول ، ولطفت الأخلاق ، وأخذت تصرفات الناس تصدر عن فكر وروية ، لا عن نزوة وهوية . وأصبحت المسئولية مرتبطة بالخطأ ، فلا مسئولية حيث لا خطأ ، وبعد أن كانت المسئولية شئئية صارت ذاتية . وظلت هذه الفكرة قائمة حتى تلفاها القانون المدني الفرنسي (١٣٨٢ و ١٣٨٣)

٣٧٩ — نقر المسئولية الذاتية . لكن هذه النظرية صارت هدفاً للنقد منذ ثلث قرن وعيب عليها ما يأتى :—

(أولاً) تنفى المسئولية الذاتية بمهاجمات الأمم الإراعية التي لم تتعد وتتهرب فيها الصلات التجارية والصناعية ، لكنها لاتصلح للجماعات التي

تعقدت فيها الصلات ، وتكاثرت التبعات والأخطار . وفي كثير من الأحوال لا يمكن تضمين المجنى عليه اذا أقتصصر على فكرة الخطأ . فاذا جرحت سيارة أحد المارة وعلقت مسئولية السائق على ارتكابه خطأ ، وألزم المجنى عليه باقامة الدليل على خطأ السائق ، أصبحت المسئولية هباء ، وخيالا محضاً . إذ كيف يستطيع العابر ، الذى انحطت عليه السيارة ، كالقضاء المحتوم ، ينزل والناس أبعد ما يكونون توقعاً له ، فوقع مغشياً عليه ، فاقداً لمشاعره أن يقيم الدليل على خطأ السائق .

وإذا كان اثبات الخطأ دائماً عسير الحصول لوروده على فكرة مرنة ، غير مستقرة ، فأحرى به أن يكون أشد عسراً فى الآونة الحاضرة . بسبب تطور الصناعة وتقدم الفنون الآلية . زائداً الى هذا ما يلاقه المجنى عليه من خصمه كشركة . فن المتسهل عليهما أن تغلب عليه لاستجماعها شروط الغلبة ، من صفوة رجال القانون ، ومن معلومات فنية ، مما يترتب عليه عدم تناسب فى الكفاح .

وقد صارت أسباب الحوادث أكثر غموضاً عن ذى قبل ، بل صارت الحوادث أحياناً مجهولة السبب . لأن الانسان يسخر لمنفعته قوى لا يدرك أسرارها ولا طبيعتها . أليس من العبث مطالبة عامل أضيىء بعاهة من جراء انفجار مرجل باثبات خطأ ولى العمل . أو مطالبة عابر سبيل سقطت عليه طيارة فجرحته باثبات خطأ الطيار ؟ وبسبب هذا التطور الصناعى والعلمى صار المجنى عليه فى مركز لا يغبط عليه . وأصبحت نظرية المسئولية الذاتية غير موفية بمقتضيات الحياة وغير مسعفة للمجنى عليه .

وحتى مع اقراض عدم وقوع أى خطأ ، فقد يكون من العدل تضمين المجنى عليه ، لأن من يقدم على تسخير قوى خطيرة لمنفعته يجب أن يتحمل نتائج اقدمه . فالعامل الذى يصاب فى جنسه من جراء حادثة وقعت أثناء عمله ، والعابر الذى تدممه سيارة ، والمسافر المجروح فى حادثة سكة حديد ،

كل أولئك يستحقون تعويضاً ، الا اذا ارتكبوا خطأ . ذلك أن من ينصب آلات المهالك والمعاطب يجب أن يتحمل نتائج ما قدمت يدها اذا ارتطم الغير بهذه الآلات الجهنمية ، ومسه ضرر ، والقول بأن فاعل الضرر غير مسئول معناه أن المجنى عليه هو الذي يصير مسئولاً بلارجعة من الوجهة الانسانية العامة ، مع أنه تلقى بكيفية سلبية الصدمة المنبئة من نشاط الغير . وهذا تقرير لظلم فادح من الوجهتين الاقتصادية والقانونية . فالولاية على الأموال وما يستتبعها من مغنم ومزايا تستثير المسؤولية . ويجب أن لا تكون لطامت القدر غير مستطاع دفعها ، ومحو آثارها ، والا كان معنى ذلك افلاس القانون واقتصاره على تعداد البرائق ، ورصد الطوارق . ومن واجب القانون أن يجبر ما تصدع ، وأن يَقْوِمَ ما تهتك ، طبقاً لقواعد العدل والانصاف . أليست المادة ١١ من القانون المدني المختلط تقول « اذا لم يوجد في القانون نص صريح ، أو كان النص غير كاف أو فيه ابهام يتبع القاضي ما تقضى به قواعد القانون الطبيعي وقواعد الانصاف »^(١)

وتقول المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية « إن لم يوجد نص صريح بالقانون يحكم بمقتضى قواعد العدل »
ولكن ما هو السبيل لتنظيم المسؤولية على أساس العدل ووضعها على قاعدة عملية ؟ عالج الفقهاء والقضاء الموضوع ، وخرجوا بمختلف النظريات ولكنهم أصفقوا على رأى واحد وهو وجوب القضاء على نظرية المسؤولية الذاتية . ويمكن ارجاع هذه النظريات الى (١) نظرية المسؤولية التعاقدية (٢) نظرية التعسف (٣) نظرية الاعفاء من الالاباث (٤) نظرية المسؤولية بلا خطأ .

٣٨٠ — **نظرية المسؤولية التعاقدية** ^(١) يجب إهمال نظرية المسؤولية الذاتية والاستعاضة عنها بالمسؤولية التعاقدية، وهي التي وضعت المجنى عليه في مركز محمود. ومقتضى هذه النظرية أن معظم العقود ترتب التزاماً بالسلامة توضع في كنفه، وتحت رعايته حقوق المجنى عليه. يؤيد ذلك أن أمين النقل تتشغل ذمته بمسؤولية تعاقدية إذا أصيب المسافر بضرر أثناء نقله، لأن أمين النقل أدخل بالتزامه بالمحافظة على سلامة المسافر بدليل وقوع الحادثة. لذلك لا يلزم المسافر بإثبات خطأ أمين النقل. وهذا يؤدي في الحقيقة إلى تحميل أمين النقل حمل الإثبات.

٣٨١ — **نظرية التعسف في استعمال الحق**. يجب التوسع في فكرة الخطأ واعتبار إمكان مطابقتها لاستعمال حق بكيفية خاصة. فيعتبر خطأ، أو جريمة استعمال حق لفرض خاص. وهذا التعسف هو والخطأ سواء بسواء. والتوسع في نظرية التعسف من شأنه أن يوسع مجال المسؤولية الذاتية ^(٢)

٣٨٢ — **نظرية الإعفاء منه للإثبات**. يُسَرِّعُ للمجنى إثبات الخطأ بتقرير قرائن قانونية أو معتبرة هكذا، تفضي في نهاية الأمر إلى الإعفاء من الإثبات، وقد أشار القانون إلى بعض هذه القرائن (م ١٥٣/٢١٥ م) فلا يلزم المجنى عليه الذي عضه حيوان بإثبات خطأ مالك الحيوان أو حارسه، لأن القانون يفترض خطاه، ويفضل هذه القرينة نزول فكرة الخطأ من مجال المسؤولية ولا تبقى الاحتمال احتراماً لتقاليد القانون الروماني. وهذه النظرية فوق محافظتها على

Saintélelle. De la responsabilité et de la garantie, 1880 (١)

Marc Sauzet. De la responsabilité des patrons (Revue critique 1883 p. 596)

Ziégner. Responsabilité du commettant Thèse. Paris 1923 (٢)

Eng. Gaudemet. Evolution dans la théorie de la responsabilité.
Rev. Trim 1927 p. 893

التقاليد مجدية ، وترضى السكافة (١)

٣٨٣ — نظرية المسؤولية الشئبية . لم يقف خصوم نظرية المسؤولية الذاتية عند هذا الحد ، بل تجاوزوا المعقول ، وقالوا بوجوب حذف فكرة الخطأ بتاتا من نظرية المسؤولية ، واعتبار الغرر أساس المسؤولية . كمسئولية ولى العمل عن الحوادث التى تصيب عماله أثناء العمل . وهذه هى النظرية الشيئية الصريحة . ومؤداها نسبة الضرر الى من كان سبباً فيه ، لأن الفاعل هو الذى يجب أن يتحمل الغرر : غرر الحرقه ، غرر الملكية ، إلخ أى الغرر المنشأ *risque crée* .

ولن تصل المسؤولية الشيئية الى اسقاط المسؤولية الذاتية تماماً . وليس من المرغوب فيه أن تحذف نظرية الغرر فكرة الخطأ ، فى الوقت الذى أخذت فيه نظرية التعسف تقدم عنصراً جديداً أتاح لها توسيع مجال المسؤولية الذاتية . ومع ما هناك من تجاذب بين الخطأ والغرر فما زال الفقه والقضاء يأخذان بنظرية الخطأ ، (٢) . رغم اتجاها بعض الأفكار الى الأخذ بنظرية المسؤولية الشيئية .

والحقيقة أن لا تعارض بين الفكرتين ، فهما مكملتان لبعضهما بعضاً . وكل ما تبغيه نظريتنا المسؤولية الذاتية والشيئية أو غيرهما ، هو السعى الى تحقيق التوازن بين المنافع والحقوق الذى أخلت به الاحداث .

الفرع الثانى — فى المسؤولية عن الخطأ (الذاتية)

٣٨٤ — تقسيم . المقصود من المسؤولية الذاتية تلك المسؤولية التى أساسها الخطأ وهى المقررة فى المادة (١٥١/٢١١ م) . وتعتبر قواعدها الشريعة العامة للمسئولية . وسنعالج (١) شروط المسؤولية الذاتية (٢) دعوى المسؤولية (٣) المسؤولية عن الخطأ والمسئولية التعاقدية .

(١) بلايول ج ٢ بند ٩٢٧ — ٩٣١ كولان وكاجان ج ٢ ص ١٠٠ — ١٠٤

(٢) بلايول ج ٢ بند ٩٢٠ وكولان وكاجان ج ٢ ص ٣٩٧

المبحث الاول - في شروط المسؤولية عن الخطأ (الذاتية)

٣٨٥ مهوريات - أساس المسؤولية الذاتية ارتكاب جريمة أو شبه جريمة . وتقول المادة ١٥١ مدني أهلي « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر » ولم يشر هذا النص الى الخطأ . وهذا خطأ وقع فيه مترجم القانون . ويتعين أن تقرأ العبارة الأخيرة من هذه المادة بالكيفية الآتية « ... يوجب ملزومية من وقع الضرر بخطئه بتعويضه »^(١) ويستفاد من هذه المادة أن المسؤولية الذاتية تتركب من العناصر الآتية : (١) خطأ (٢) ضرر (٣) علاقة سببية (٤) أهلية خاصة . وعند توافر هذه الشروط يصير الفعل أو الترك غير مشروع ، سواء أكان جريمة أو شبه جريمة ، وينبئ عليه المسؤولية الذاتية .

المفصل الاول - في ماهية الخطأ

٣٨٦ - في تعريف الخطأ : الخطأ لغة هو الذنب أو الإثم غير المتعمد^(٢) وقد استعار القانون كلمة خطأ من علم الاخلاق . لذلك لم تحظ هذه الكلمة بالدقة المألوفة في الالفاظ القانونية^(٣) وهي تشمل مختلف الأفعال والتروك الضارة ، ومن المتعذر اعطاء تعريف جامع مانع لها . ولتحديد مدى الخطأ يجب وضع قاعده يسترشد بها في الدلالة عليه . ونحن نورد فيما يلي مختلف القواعد التي وضعها الشراح .

(١) يقول النص الفرنسي *oblige celui par la faute duquel* وتنص المادة ٢١١ مدني مختلط « كل فعل يخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله جموعين الضرر الناشئ عنه » وإذا كانت العبارة بالنسبة العربي « هامش ١ بند ٢٨٥ ص ٢٤٢ » ولكننا تأخذ بالنسبة الفرنسية لاننا نناه خطأ مادي في الترجمة يجب تصحيحه بالرجوع الى الأصل الفرنسي . (٢) والحقيقة في اللغة ما تعمد من الذنب

Ripert. la règle morale no 102 (٢)

ويقول الأستاذ جوسران ان المفرد تعمد استعمال هذه الكلمة الغامضة ، متعمداً على القاضي في تعيين حقيقتها (ج ٢ بند ٤٢٢)

٣٨٧ - نظرية الاثم بالانزاع. عرف الاستاذ بلانيول الخطأ بأنه الاخلال بالتزام مقرر من قبل (ج ٢ بند ٨٦٣-٨٦٥) ثم بين الالتزامات التي يعتبر الاخلال بها خطأ^(١) وهي محاولة غير مجدية بسبب تعدد الالتزامات التي يتحملها الأفراد ، واختلاف وسائل الاخلال بها ، بحيث يتعذر وضع بيان تام أو شبيه منه بالواجبات وأحوال الاخلال بها . وإنه لما يناقض حقائق الأمور أن يتسج نسج من الالتزامات المقررة ثم تعرض الجرائم كأنها اخلال لأوامر المشرع وهو ما يوهم ، على خلاف الحقيقة بأن المسؤولية عن الخطأ مماثلة للمسئولية التعاقدية التي تفترض فعلا انتهاك التزام مترتب على اتفاق . وهذا قلب لنظام العوامل القانونية ، لأن المسؤولية الذاتية لا تنشأ من الواجبات المقال بتقريرها سلفاً ، ولكن من الخطأ ذاته الذي وقع بمناسبتها . فالجريمة هي التي تولد المسؤولية والجريمة هي المعتبرة مصدراً من مصادر الالتزامات ، فهي سبب وليست نتيجة^(٢) .

٣٨٨ - في تعذر ارجاع فكرة الخطأ الى قاعدة . ليس من المتسلسل العثر على قاعدة يرجع اليها لتحديد الخطأ . وكل ما هو في المقصود هو الاعتراف بأن الخطأ يتكون من عناصر مختلفة ، يرجع بعضها الى المجنى عليه أي الدائن ، والبعض الآخر الى الفاعل أي المدين بالتعويض .

(١) وهي الامتناع عن التمدى على الأشياء والأشخاص ، الامتناع عن الفس ، الامتناع عن الأفعال التي تتضمن كفاية ومهارة لا يوافران في الانسان بالدرجة المطلوبة مباشرة هذه الاعمال ، بذل الرقابة الكافية على الأشياء الخطرة التي في حيازة الانسان ومراقبة الاشخاص الموضوعين تحت رعايته (ج ٢ بند ٨٦٥)

(٢) وكتابته هذه النظرية نظرية الافعال غير المعروعة (موجز دالوز في القانون المدني ج ٢ بند ١٤٤) (وغال لبي بنظريه خفر الامة *Confiance trompée* ومتضاها أن الإنسان يحتاج في حياته للأمان المتبادل ، وأن كل انسان عليه واجب عدم الاخلال بهذا العهد المقطوع . ويسأل الانسان عن الضرر المترتب على عدم القيام بهذا الواجب ، *B. Levy* .

٣٨٩ — العناصر الخاصة بالمعنى عليه . (١) يجب أن يُرجع المعنى عليه مطالبته بالتعويض الى ضرر لحقه في أحد حقوقه *lésion d'un droit* بشرط أن نفهم الحق باوسع معانيه ، فلا يتناول الحقوق المسماة والمعينة فحسب بل الحقوق غير المحدودة والعامّة . وهى فى الغالب أعظم الحقوق شأنًا كحق سلامة الجسم ، والاعتبار والحرية والشرف .

ولا يكفي أن يدعى الطالب أن الفعل أو الترك الذى يشكو منه الحق ضرراً بمصالحه ، مهما كانت هذه المصالح محترمة ، بل يجب أن تكون هذه المصالح مما يحميها القانون ، ويتفق هذا الرأى مع النظم القانونية الحديثة التى لا ترى فى الدعاوى الا حقوقاً يمكن المطالبة بها أمام القضاء أى أن الدعوى هى حق التداعى . اذ من العبث أن يدعى تاجر بان فتح أو توسيع متجره شبيه بمتجره ألحق به ضرراً مادام لا يستطيع إثبات ضرر لحقه فى أحد حقوقه لا فى مصالحه (١)

كذلك لا يكفي أن يدعى طالب التعويض بمضارته فى حقه ، بل يجب أن لا يكون لخصمه حق أعلى وأسمى من حق الطالب ، وذلك أنه يحدث أحياناً أن يكون للانسان حق الحاق ضرر بحقوق الغير . فالحق فى الاعتبار من الحقوق المسلم بها لكن هذا الحق يتلاشى أمام ضرورة نشر الاحكام القضائية أو أمام مقتضيات الحقيقة التاريخية ، كحق المؤلف فى نقد سيرة شخص توفى ويان سوء خطته وشين سلوكه ، ويتلاشى حق المحافظة على الاسرار امام مقتضيات العدالة .

يقين مما تقدم أن فكرة الخطأ نسبية ، وأنها النقطة التى يتلاقى فيها حقان متعارضان ، فينشأ بينهما صراع تكون الغلبة فيه للاقوى . وليست الحياة القانونية إلا كفاح مستمر تتشابك فيه المصالح والحقوق ويأخذ فيها بعضها

برقاب البعض الآخر . لذلك يمكن القول بأن ارتكاب خطأ معناه الخناق ضرر بحق الغير دون امكان التدرع بحق أقوى أو معادل له : أى دون امكان الاحتجاج يباعث مشروع . وعند ما تصل الأمور عند هذا الحد يصير الفعل غير مشروع ، ويشغل ذمة فاعله بالمسئولية ، فاذ ذاك يختل التوازن ، ولا يصححه ، إلا الزام الفاعل بالتضمنين . وليست كل نظرية المسئولية إلا عملية توازن حقوق متعارضة لا تنفك في مناجزة وصراع . ومن المرغوب فيه أن يوضع حد لهذه المناجزة . وأن تخمد قبل استفحالها . والمادة ١٥١ م وما بعدها تمكن القاضى من فض كفاح المصالح المتقابلة .

٣٩٠ - في درجته بمسامة الخطأ . قد يختلف الخطأ كبراً وصغراً . والقاعدة أنه لا يؤبه في المسئولية الذاتية بمسامة أو بطفافة الخطأ فالخطأ مهما كان طفيفاً يلزم فاعله بالتضمنين .^(١) إلا أن القاضى ، فى الواقع ، يراعى درجة الخطأ ويمنح المجنى عليه تعويضاً جسيماً اذا كان الضرر مصدره خطأ جسيم ، وبخاصة اذا كان مصدره خطيئة (خطأ متعمد) وقد عامل القانون الخطيئة بالشدة ، والخطأ بالرفق .

انما اذا اشترك المجنى عليه فى الخطأ ، كتصادم سيارتين أحدهما كانت سائرة فى الجهة اليسرى والأخرى سائرة بدون اضاءة وبسرعة شديدة ، فقد تقسم المسئولية باعتبار الربع للسيارة الاولى والثلاثة أرباع للثانية^(٢) . وقد يبلغ أحد الخطأين درجة من الخطورة بحيث يتحمل فاعله كل المسئولية ويجب الخطأ الطفيف الذى وقع من الطرف الثانى . وقد يفضى الخطأ المشترك الى

(١) يقول المل الألفينى *in lege aquilia, levissima culpa venit* من الخطأ حتى لو كان طفيفاً وخطأ المجنى عليه لا يجب خطأ الطالب بالتعويض (تقضى أهلى ١٦

ابريل سنة ١٩٣١ المحلطة سنة ١٢ حكم رقم ١٩٥ من ١٨١

(٢) استئناف أهلى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ السنة ٦ عدد ٢٥ حيث قضى بتخفيض التعويض بسبب احوال المجنى عليه

المقاصة في المسؤولية أى زوالها. (١)

وهناك أحوال سارت فيها بعض المحاكم على قاعدة عدم المسؤولية (٢) إلا اذا كان الخطأ جسيماً، وهى خاصة بالأطباء والجراحين. فبينما يسأل المحامى والمهندس عن الأخطاء الطفيفة، لا يسأل الطبيب أو الجراح إلا عن الخطأ الفاحش. وهذه المسؤولية المخففة لا تستند الى نص فى القانون. والواجب أن يجرى حكم القانون على الأطباء والجراحين فيسألون كغيرهم من المحترفين باليمن الحرة عن أخطائهم الطفيفة. (٣)

٣٩١ - الخطأ فى استعمال الحق، نظرية التصفى فى استعمال الحق.

يبدو أول وهلة أن استعمال حق لا يمكن أن يكون مثاراً لخطأ يترتب عليه مسؤولية. اذ كيف يعتبر مرتكباً لجريمة من يستعمل حقاً خوله له القانون. وكيف يتولد الشيء غير المشروع من عمل مشروع، أليست المسؤولية المدنية قاصرة على الأفعال التى يأتىها الإنسان بلا وجه حق؟ لكن قليلاً من التفكير يبين ما فى هذا رأى من خطأ. والحقيقة أنه لا إطلاق فى الحقوق. فالحقوق، وهى منتجات اجتماعية، لا تمنح الى الأفراد فى صورة مجردة أو لى يستعملوها حسب هويتهم. فكل حق يعتمد فى وجوده على سبب ووظيفة، ويسود كل حق معنى ليس فى مقلود صاحب الحق أن

(١) استئناف أملى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٨ سنة ٩ عدد ٤٨. وسار القانون البحرى على قاعدة المقاصة فى الاخطار فقتضت المادة ٢٤٢ بجرى فى حالة تصادم سفينتين خطأ الربانين فيجبر الضرر بمصاريف تشتبك فيها السفينتان وتحمس عليهما بنسبة كل واحدة منهما

(٢) استئناف باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ د ١٩٣١، و ١٤١ ونقض فرنسى

١١ يناير سنة ١٩٣٢ ودالوز الاسبوعى ١٩٣٢، ١٩٣١

(٣) جاء فى معين الحكام للطرابلس أن الكمال اذا صب السواء فى عين رجل فذهب ضوؤه لا يضمن الا اذا غلط. ولو قال الرجل للكمال داو بقرط أن لا يذهب البصر فذهب لا يضمن. وسقطت مبنية من الطلع فافتتح رأسها واختلف الجراحون فى لزوم التقى ثم شقه واحد منهم ثم ماتت بعد يومين فلا يضمن حتى لو قال الجراح ان ماتت فانا ضامن

يتجاهله أو يمسحه . واستعمال الحق يقضى باتباع معناه وإلا بعد الحق عن غايته ، وتجاوز الغرض منه . وانشغلت ذمة صاحب الحق بالمسئولية . ويتبين من هذا أن نظرية التعسف في الحق متصلة بقاعدة نسبية الحقوق .

وقد أخذ القضاء ، تحت ضغط الضرورات العملية ، بقاعدة نسبية الحقوق ، وتبعاً بنظرية التعسف ، حيث لاحظ أن الحقوق تمنح الى الأفراد بلا ضمان من الدولة ، وانها لا تتحقق في الفضاء المطلق (الخلاء) ولكن في البيئة الاجتماعية (الملا) . ويتعين من أجل ذلك أن يكون استعمالها معتبراً فيه المجتمع ، ومطابقاً ، لروح وقوام النظام الموضوع . ويجب أن لا يكون القانون في مجموعه أداة للتعسف أو أن يكون مجالاً للحيل العقلى بل يكون أداة لسيادة حسن النية في معاملات الناس . وقد أخذت هذه الحركة في الذبوع منذ ربيع قرن . وشملت فكرة نسبية الحقوق كل مناحى التشريع وخلقت مذهباً جديداً يضع الواجبات القانونية في المقام الأول^(١) . وقد أُنعت هذه الفكرة وظهرت آثارها الطيبة فأُسِّست قياد القانون ، ولامته ، وهذبتة • وطُبعت به بطابع الرحمة والانسانية . ولم يعد العدل فكرة نظرية محصورة في ألفاظ وصيغ ، بل صار حقيقة فعلية تلبس في الوقائع ، وتحققها الأحكام القضائية .

٣٩٢ - في ماهية التعسف ومقاييسه . اعتبر القانون الرومانى التعسف ونية الاضرار سواء بسواء . فالعمل التعسفى هو ما وقع بنية الاضرار . لأن الدولة لا تمنح للأفراد الحقوق وما تتبعها من مزايا لكي تتخذ أداة للاضرار بالغير . وقد يكون الضرر نتيجة الفعل ، لكن الضرر لا يجعل الغرض مشروعاً .

وما زال هذا المقياس معمولاً به حتى الآن . فنية الاضرار هي التي تم عن التعسف ، وهي التي تكونه كما هو الحال في مسائل الملكية . لكن النظر

القانوني يتجه الآن للاخذ بمقياس آخر أكثر شمولاً ، قوامه فكرة « تبديد وظيفة الحق »^(١) ، وبذلك حل المقياس التوظفي^(٢) محل المقياس القصدى^(٣) . وتستفاد وظيفة الحق من روح القانون ومن المهمة التي عهدت اليه . على أن هذه الوظيفة تختلف من حق لآخر . فينا قررت بعض الحقوق ، في الظاهر على الأقل ، لمصلحة صاحب الحق إذ قرر البعض الآخر لمصلحة شخص أجنبي وقرر . نوع ثالث لمصلحة الكافة . ويدخل حق الملكية في النوع الأول . وتدخل الولاية والقوامة والوصاية في النوع الثاني ، وحق النقد في النوع الثالث . فالمالك يعمل لمصلحته الشخصية . والوصى يعمل بما هو في مصلحة عديم الأهلية . والمؤرخ بما هو في مصلحة الحقيقة ، وبيننا المالك يبقى في نطاق حقه يسير فيه على خطه الأناني إذ يعتسف الوصى الحق إذا وجه سلطته في مصلحة نفسه بدلا من توجيهها في مصلحة عديم الأهلية الذي عهد اليه بحراسة مصالحه أي أنه يستغل سلطته في غير ما وضعت له ويحيلها عن غايتها ويرتكب عملا غير مشروع يشغل ذمته بالتضمن .

اذن يتعين البحث في الباعث الذي خضع له صاحب الحق والغاية التي اتوى تحقيقها ثم نواجه ذلك الباعث وهذه الغاية بروح ووظيفة الحق ، فإذا كان هناك تطابق كان استعمال الحق مشروعا . وإذا كان ثمت تنافر كان استعمال الحق تعسفياً وترتب عليه مسؤوليته .

وتختلف البواعث غير المشروعة باختلاف الحقوق ، وباختلاف الروح التي تسودها ، والوظيفة التي من اجلها قررت . ومن هذا القبيل التواطؤ الموجه ضد الغير ، وهو باعث له من القوة بحيث أنه يجرد التسجيل من آثاره القانونية وثانياً التحايل على القانون أي ارادة تفادى حكم نص قانوني الزامى وثالثاً نية الاضرار ، وأخيراً الأخطاء البسيطة ، وهي أدنى درجات البواعث غير المشروعة ، وتتكون من استعمال الحق بكيفية غير مألوفة ولا متعارفة

detournement du droit de sa fonction (١)

critère intentionnel (٢) critère fonctionnel (٣)

وغير متفقة مع روح القانون . كالاهمال والرعونة . وهي اخطاء ترجع الى كيفية تصور الحق أو الى كيفية استعماله . وهي تؤدي في كلتا الحالتين الى العدول بالقانون عن غايته السامية

٣٩٣ — في تطبيق نظرية التعسف . لا يقع تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق تحت حصر من ذلك

من الملكية الفردية^(١) . يدل حق الملكية على أنه مقرر ، في الظاهر على الأقل ، لمصلحة المالك الذي لا يطلب منه سوى استخدامه لاشباع حاجة جدية مشروعة . ولا ينشأ التعسف الا حيث (١) تتوافر نية الاضرار (٢) وتعدم الحاجة المشروعة ، بقطع النظر عن نية الضرر . وبخاصة لا يقبل من المالك أن يختار من بين عدة طرق لاستعمال حقه ، الطريقة التي تلحق بالغير أكبر ضرر^(٣) . والخلاصة انه يطلب من المالك أن يصدر في أعماله عن دافع الانانية المعقولة ، فاذا التزم هذه النخطة ظل في مأمن من كل تضمين .

استعمال طرق المرافعات القانونية . يبدو أول وهلة أن حق المقاضاة والمدافعة والظعن في الأحكام والشكاية ، وطرق التنفيذ هي من الحقوق المطلقة المقدسة . والحقيقة انها حقوق نسبية تخضع للتعسف في استعمالها . ويجب استعمالها بصدق : وأناة ، وتبصر ، وإلا التزم الفاعل بالتضمنين . لذلك قضت المادة ١١٥ / ١٢٠ مرافعات بأنه يجوز للمحكمة في جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات في مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى أو مدافعة كان القصد بها مكيدة الخصم .

الحرية الفردية : تجدد الحرية الشخصية قيوداً في نظرية التعسف . ذلك أنه لا يجوز استخدام حرية الفكر وحرية التجارة وما اليهما الا في خدمة

(١) مقال الأستاذ والتون « قيود استعمال حق الملكية العقارية » L'Egypte contemporaine سنة ١٩٢٢ ص ١ — ٩ (ج ١٤) .

... (٢) ٥٠ هـ بليبي ١٢ يولييه سنة ١٩١٧ Pasicrisi Belge ١٩١٧ ، ١٠ ، ٦٥

المصالح الحرفية التي يتركب منها الباعث المشروع .

العقود : تخضع العقود في كل أدوارها ، منذ تكوينها ^(١) لحين انقضائها ، لنظرية التعسف . وقد أخذ القضاء بهذه النظرية في عقد إيجار العقار كحق المؤجر في اجازة التأجير من الباطن أو اجازة تحويل الإيجار . فقد يستعمل المؤجر حقه في الاجازة بطريقة تعسفية تقتضى الزامه بالتعويض ^(٢) وفسخ إيجار الأشخاص لمدة غير معينة ، ورفض تجديد الإيجار ^(٣) . وتبدو في كل هذه الأحوال فكرة الباعث غير المشروع وبخاصة في حق فسخ إيجار الأشخاص غير المحدد بمدة حيث يلتزم الفاسخ بالتضمين اذا استعمل حقه بلا مقتضى ، وبكيفية تم عن الخفة وسوء النية . وتخضع قواعد خصم المدفوعات لنظرية التعسف (بند ١٠٧) فيجب أن لا يكون الخصم بمعركة الدائن أو المدين من شأنه أن يحدث ضرراً بمدينه أو بدائن آخر . وأخيراً يحتمل حق السكوت حدوداً ذاتية ، فقد يتركب الشخص خطأ بامتناعه عن الكلام أو عن الكتابة ^(٤)

يتبين مما تقدم أن نظرية التعسف في استعمال الحقوق متعددة النواحي ؟ وانها تسود كل العلاقات القانونية الناشئة بين الناس ، فالوسائط ، مهما كانت مشروعة لا تبرر الغاية ، ولا يكفي أن يستند الشخص على حق لكي يتوهم أنه صار بمنجاة من المسؤولية . واذا جاز لنا أن نقحم الفاظاً من قانون البحار قلنا بأن العلم لا يحمى البضاعة . فالحقوق التي تمنحها لنا السلطات العامة يقع خطر استعمالها على عاتقنا ، ولا ضمان على السلطات العامة . فعلينا نحن تقع مسؤوليه الاتفاف بها طبقاً للمادة ١٥١ / ٢١٢ مدنى .

(١) بند ٢٦١

(٢) مارسليا ١٥ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الاسبوعى ١٩٢٥ ، ١٩٢٤

(٣) رين أول يولية سنة ١٩٢٩ س ، ١٩٣٠ ، ٢ ، ٤٣

R. P. Raminceano, La silence créateur d'obligation, Rev. (٤) Trim. 1930 p. 999.

المفصل الثاني - في الضرر

٣٩٤ - في ضرورة وجود ضرر . لا يعنى القانون بالخطأ في ذاته بل بنتائج . فالخطأ لا ينشأ قانوناً الا اذا ترتب عليه ضرر بشرط أن يكون هذا الضرر محققاً . وليان ذلك نقول :

(١) يجب أن يقع ضرر ، فاذا اتقى الضرر اتقى الفعل غير المشروع جريمة كان أو شبه جريمة ، وقد أشارت المادة ١٥١ / ٢١٢ مدنى الى هذا الشرط فقالت « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير . . . يبنى على هذا أن التعسف في الحق لا يشغل ذمة فاعله بالمسئولية إلا إذا ترتب عليه ضرر للغير ، فإلك الأرض الذى يحدث بئراً في أرضه بقصد نضوب الماء من بئر جاره لا تشغل ذمته بالمسئولية ما دام انه لم يصل الى بعيته .

(٢) يجب أن يكون الضرر محققاً ، فلا يلتفت الى الضرر الاحتمالى أو الفرضى كالضرر المدعى به بسبب وفاة محسن كان يعطى صنيعة عطايا طفيفة ومتقطعة من وقت لآخر (١) ولا يشترط أن يكون الضرر حالاً . فيجوز للمحكمة أن تقضى بالتعويض عن ضرر مستقبل تحقق حصوله متى كانت نجر ثومته موجودة منذ الآن ، كاتلاف حاصلات في دور التضوج وميدان أرض ، وتحقيق زيادته ، وما يتعين من ضرورة إعادة انشاء المباني المقامة عليها (انظر بند ٣٦)

٣٩٥ - الضرر المباشر وغير المباشر . من القواعد المسلم بها ، فقها وقضاء ، أن الضرر يستحث التعويض حتى لو كان الضرر غير متصل مباشرة بالخطأ بل كان ترجيعاً أو ترديداً له ، يقوى أو يخففت على حسب الأحوال

(١) قضى فرلى ٢ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ، ١١٣ . أما اذا كانت المطايا متجددة بصفة دورية ومتتلمة فيقضى بالتعويض (قضى فرلى جنائى ١٠ يناير سنة ١٩٢٩ دالوز الاسبوعى ١٩٢٩ ، ١١٧)

ولا تفرق المادة ١٥١ / ٢١١ بين الضرر المباشر وغير المباشر^(١) فإذا التزمت الحكومة بسبب وفاة أو إصابة موزع أن تتحمل نفقات، جاز لها أن تطالب الفاعل بتعويض الضرر غير المباشر الذي أصابها بفعله^(٢) كذلك يجوز للبالك المجاور لمصنع يحتوى على كمية كبيرة من البترول أن يطالب صاحب المصنع بدفع ما ترتب على هذا الجوار غير المرغوب فيه من زيادة جعل التأمين، وبخاصة إذا انعدمت الاحتياطات التي كان يتعين اتخاذها^(٣)

٣٩٦ - في أنواع الضرر . ينقسم الضرر الى مادي ومعنوي . وينشأ الضرر المادي من الاعتداء على الجسم كالضرب أو الجرح الذي يحدث مجزأ عن العمل، أو عاهة مستديمة، أو فصل عضو، والاعتداء على المال كإتلافه بالحريق أو قلعيل الزراعة أو الاختلاس أو تقليل قيمته كأنشاء محل ضار بالصحة أو مقلق للراحة بجوار منازل معدة للسكنى، أو كالحرمان من مال آيل، أو من ربح مرتجى كالتقليد، والمنافسة غير المشروعة، وطرد العامل في وقت غير لائق . وينشأ الضرر المعنوي من إصابة الشخص في ثروته المعنوية (بند ٤٦) أو ما تسميه الجريمة من آلام وأحزان^(٤)

المفصل الثالث - في علاقة السببية

٣٩٧ - في عمق السببية . يجب أن يكون الخطأ الواقع سببا للضرر الخاص^(٥) . وهذه العلاقة عسيرة الإثبات لأن الفعل قد يترتب عليه نتائج بعيدة المدى غير متوقعة الحصول . ومع أن الفاعل يسأل عن النتائج

-
- (١) قاض أهل ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاملة سنة ١١ حكم رقم ١٤٨ ص ١٦٧
(٢) قاض فرنسي ٧ مارس سنة ١٩١١ ص ١٩١١ ، ١٤ ، ٥٤٥ ، ١١ يناير سنة ١٩٢٤ ص ١٩٢٤ ، ١٦ ، ١٧
(٣) قاض فرنسي ٧ يناير سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٤ ، ١١٤
(٤) استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاملة سنة ١٠ حكم رقم ٣١٠ ص ٦١٥
(٥) سم ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ ق ج ٥٨ ، ٢٥ قبله يصح على المحكمة أن تثبت في حكمها أن الضرر هو نتيجة للخطأ

غير المباشرة المترتبة على خطئه الا أن البحث عن هذه النتائج يجب أن يقف عند حد معقول ، منعاً للظلم .

ويفرض اشتراط علاقة السببية الى استبعاد المسؤولية اذا كان الضرر منسوباً الى خطأ المجنى عليه أو الى قوة قاهرة .

٣٩٨ - خطأ المجنى عليه . قد يستطيع المدعى عليه بتعويض أن يثبت أن الضرر كله أو بعضه وقع بخطأ المجنى عليه ، فتزول كل أو بعض علاقة السببية ، بمعنى أن مسؤولية المدعى عليه تتلاشى أو تنقص . وقد تزول هذه العلاقة اذا كان خطأ المجنى عليه من الفداحة بحيث يتسع لتشرب خطأ خصمه (١) . وتنقضى أو تتراخي علاقة السببية اذا تضافر الخطآن - خطأ الفاعل وخطأ المجنى عليه - في احداث الضرر . ويعمد القاضى هنا الى قسمة المسؤولية فيقلل مبلغ التعويض الذى يمنحه للمجنى عليه . وبذلك يتحمل كل واحد نصيبه في الضرر (٢)

٣٩٩ - القوة القاهرة . تزول مسؤولية الفاعل الظاهر للضرر اذا كان الضرر منسوباً الى فعل أو شيء أجنبي عنه أى فى حالة القوة القاهرة ، كالزواجر والفيضانات ، والحرب ، والتسطو المسلح ، والثورة ، وأوامر السلطات الشرعية ، وفعل الغير كما لو صدمت سيارة سيارة أخرى وقتل أو جرح ركاب السيارة الثانية ، أو اذا كانت السيارة التى سببت الضرر سرقت من مالكها .

لكن الحريق أو انفجار مرجل ، أو كسر آلة الى غير ذلك من الحوادث التى تحدث فى داخل المنشأة لا تزيل مسؤولية المدعى عليه بالتعويض .

(١) قضى فرنسا ١٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ، ١٨٠ ، ١٠

(٢) قضى فرنسا ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٢٥ دالول الاسبوعى ١٩٢٥ ، ٥٩١

المفصل الرابع — في أهلية الفاعل

٤٠٠ — **عمومات** : أهلية المسؤولية عن الخطأ أوسع نطاقاً من الأهلية التعاقدية . لأنه لا يشترط في المسؤولية عن الخطأ نضوج الملكات العقلية في حين أن مباشرة الأعمال المدنية والتجارية تقتضي تفتح الذهن ، وثقوب النظر . فقد لا يستطيع شخص أن يدرك مدى التزاماته في عقد شركة أو يبيع مع أنه يدرك أن تحطيم نافذة جاره ، أو الاعتداء عليه أمر غير جائز .

٤٠١ — **النصوص القانونية** . قضت المادة ٢١٢ مدني مختلط بأن كل فعل مخالف للقانون يوجب فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ، مالم يكن الفاعل غير مدرك لافعاله سواء أكان لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أم لآي سبب آخر . ولم تشر المادة ١٥١ مدني أهلي الى أهلية الفاعل ، كما أن المادة ١٣٨٢ و ١٣٨٤ مدني فرنسي لم تشيرا الى الأهلية .

٤٠٢ — **هل بشرط التمييز لتحمل المسؤولية المدنية** . الرأي السائد في فرنسا انه يشترط لتحمل المسؤولية المدنية أن يكون الفاعل مميزاً أى يستطيع تفهم معنى ومرمى عمله ولو لم يكن حائزاً للأهلية التعاقدية . فيسأل الطفل المميز عن الجرائم ، وأشباه الجرائم المدنية ، ويسأل السفهية ، والمعتوه في قترات صحوه وإدراكه حتى لو كان محجوراً عليه . أما الأشخاص المحرومون من التمييز ، فلا يتحملون المسؤولية المدنية ، لأن مناطق الإدراك والتمييز وهو معدوم ^(١) وقد عارض هذا الرأي بعض الشراح وقالوا بعدم وجوب اشتراط التمييز لتحمل المسؤولية وخاصة بالنسبة للمجنون ^(٢)

(١) جوسران ج ٢ بند ٧-٤ ، وموجز دالوز في القانون المدني ج ٢ بند ١٤١ وبلانيول ج ٢ بند ٨٧٩ وأخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأي (٢١ أكتوبر سنة ١٩٠١ د ، ١٩٠١ ، ١ ، ٥٢٤)

(٢) Pascaud, Responsabilité des aliénés. Revue Critique 1906 ;

P. 219 Ferreau, Revue Critique 1902 p. 408.

M. M. H. et L. Mazeaud. Responsabilité I. n 447 et suiv.

٤٠٣ - المسؤولية المدنية وتحميلها في الشريعة الإسلامية . يتحمل الانسان منذ ولادته ضمان المتلفات التي يتلفها بفعله ؛ لأن الأموال والدماء معصومة ، وعذر الصبي أو المجنون أو السكران أو السفیه لا يرفع عنهم المسؤولية المدنية (١)

٤٠٤ - القوانين الإجرامية . تقضى المادة ٨٢٩ من القانون المدني الألماني بمسؤولية عديم الأهلية الذي يحدث ضرراً بالغير بلا وجه حق اذا تعذر طلب التعويض من الشخص الذي عهد اليه بالمحافظة على عديم الأهلية بشرط أن لا يترتب على التعويض حرمان عديم الأهلية من الموارد المالية اللازمة لبقائه . وتقضى المادة ٤٤ من قانون الالتزامات السويسرى بأنه يجوز للقاضى إلزام عديم التمييز بالتعويض عن كل أو بعض الضرر الذي ألحقه بالغير اذا اقتضت العدالة ذلك . وأخذ قانون لبنان الجديد بهذه القاعدة (١٢٢ م)

٤٠٥ - في أم لا يشترط تحمل المسؤولية المدنية تمييز الفاعل . قلنا إن القانون المدني الأهلى أغفل هذه المسألة . ونرى وجوب الأخذ بقاعدة مسؤولية الفاعل غير المميز عن الضرر الذي يحدثه بالغير للأسباب الآتية : -

(١) تقضى العدالة بتعويض الغير عن الضرر الذي يلحقهم بفعل الشخص غير المميز حتى يعود التوازن الذي أحل به الفعل الضار الى نصابه الأول . وتحقيق هذا الغرض لا يسمح ببحث عقلية الفاعل وشخصيته . وقد

(١) مقال الأستاذ الشيخ احمد ابراهيم السابق الاشارة اليه ص ٣٥٩ وما بعدها وجاء في المجلة مادة ٩١٦ « اذا ألتف صبي مال غيره يلزمه الضامن من ماله ، وان لم يكن له مال ينتظر الى حال يباريه ولا يضمن وليه » . وجاء في كتاب لسان الحكماء « صبيان اجتمعوا في موضع يلعبون ويرمون فأصاب سهم أحدهم عين امرأة وذبحت ، وظهر الصبي ابن تسع سنين أو نحوه ، قال الفقيه أبو بكر أرش عين المرأة يكون في مال الصبي ولا شيء على الأب ، وان لم يكن له مال فنظرة الى ميسرة ، وقال الفقيه أبو الليث انما وجبت الدية في مال الصبي لانه لا يرى العجم عاقلة » هامش معين الحكماء ص ١٨١ . ويستفاد مما تقدم ان المسؤولية في الصرمة الاسلامية شيئية objective

اعتمد القانون السويسرى على فكرة العدالة . وهى مبدأ قرره المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية .

(٢) القول بعدم مسئولية الفاعل غير المعيز معناه حرمان المجنى عليه من التعويض ، وصيرورته ضحية ظروف لم يكن له فيها اختيار . وإذا كان الانسان يختار مدينه المتعاقد فهو لا يختار مدينه فاعل الضرر .

(٣) مسائل الاهلية تنصل بالأحوال الشخصية أى بالشرعية الاسلاميه والقاعدة الشرعية تقضى بأن الاعتذار الشرعية لا تنافى عصمة المحل ، أى عصمة المال والنفس فلا يجوز أن يهدر شئ منهما .

ويلاحظ أن مسئولية عديم التميز لا ترفع مسئولية الآباء والأمهات (انظر المبحث الاول من الفرع الثالث بند ٤١٨)

المبحث الثانى — فى دعوى المسئولية

٤٠٦ — تقسيم : يقتضى تحريك دعوى المسئولية الكلام على الاختصاص ، والحضور ، والاثبات .

٤٠٧ — اختصاص . تختص المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بنظر دعوى المسئولية وفقاً لقواعد الاختصاص النوعى *ratione materiae* وهو الملحوظ فيه قيمة النزاع . ويجوز للمحكمة الجنائية أنشاء نظرها دعوى جنائية أن تنظر بصفة فرعية فى دعوى التضمين اذا كان الفعل يعتبر جريمة فى قانون العقوبات وخطأ أو خطيئة فى القانون المدنى .

وترفع الدعوى أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها محل المدعى عليه ، لا المحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل الضار ^(١)

٤٠٨ — الحضور . لا يثير شخص الفاعل أية صعوبة لسهوله التعرف عليه . انما قد تقوم صعاب ، فى حاله ما اذا كان الضرر نتيجة اشتراك متعدد

(١) قواعد المرافعات تأليف محمد بك المصاوى جزء أول بند ٦٥٣

أو غير متعمد ، لتحديد حصة كل فاعل في المسؤولية (بند ٢٣٧) .
ويجب التفرقة فيما يختص بالطالب بين الدعوى المباشرة التي يقيمها
المنجنى عليه والدعوى التي تقام باسمه .

الدعوى المباشرة : قد يدعى الطالب بضرر لحقه شخصياً . ولا يشترط
أن يكون الطالب هو المنجنى عليه الأصلي الذي وقع عليه الضرر مباشرة من
الفعل غير المشروع . فقد تقام الدعوى باسم ورثة المنجنى عليه في حالة قتله
بسيارة ، اذا أقاموا الدليل على وقوع ضرر شخصي — مادي أو معنوي —
عليهم شخصياً . ويجوز لأخ الزوج ^(١) والمخطوبة ^(٢) بل والأجانب ^(٣)
أنفسهم إقامة الدعوى بشرط إقامة الدليل على لحقوق ضرر مادي بهم .

الدعوى غير المباشرة : وهي التي يقيمها الورثة باسم مورثهم بشرط أن
تكون الدعوى تعلقته به أولاً ويكون هذا فقط بسبب الجروح التي لحقت به
اذا كانت الوفاة غير عاجلة . ويستطيع الورثة أن يرفعوا دعوى مباشرة
عما أصابهم شخصياً من الضرر بسبب الوفاة ويستطيع دائئو المنجنى عليه أن
يرفعوا الدعوى غير المباشرة طبقاً للمادة ١٤١ / ٢٠٢ م (بند ٥٨) .

٤٠٩ — في الإثبات . يقع عبء الإثبات على المنجنى عليه وهو المدعى
في دعوى التعويض فهو الذي يثبت الضرر ، والخطأ ، وعلاقة السببية بين
الاثنتين . ولا شك في أن الإثبات عسير وبخاصة فيما يتعلق بالخطأ لضرورة
إثبات كل العناصر المكونة له ، وعلاقة السببية

إثبات الخطأ . لنجىء ، رفقاً بالمدين الى طرائق مختلفة وهي : —

(١) تطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية ، واعتبار الفعل غير المشروع
والضرر من جهة ، وعدم تنفيذ التزام مترتب على عقد من جهة أخرى ،

(١) قس فرنسي ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٠ س ١٩٣١ ، ١ ، ١٤٥ ،

(٢) محكمة جنابات ٢٤ مايو سنة ١٩٣٠ س ، ٢ ، ٧١

(٣) كشريك أورب مل حرمان مانونين (محكمة الدين التجارية ١٩ أغسطس سنة

سواء بسواء . ويقتضى هذا التساوى توسيع مشتملات العقد والمغالاة في قوته الالزامية .

(٢) رؤى ، مع التمسك بالمسئولية الخارجة عن نطاق التعاقد ، تحسين مركز المدعى باستبدال نظرية الخطأ بنظرية الغرر *Risque* (٣) يسعف القانون أحيانا المجنى عليه بواسطة قرآن قانونية يفترض خطأ بعض الأشخاص بالنسبة للاضرار التي تقع كمسئولية صاحب الحيوان عما يحدثه بالغير من جروح . وبهذه الكيفية يستفيد المجنى عليه ولا يطلب منه الا اقامة الدليل على الخطأ وعلاقة السببية . ونفصى القرينة القانونية هنا الى الاعفاء من الالبات .

(٤) اذا لم ينص القانون على قرائن استرشد القاضى بالقرائن البسيطة ويكون له سلطة تقديرها . فهناك حوادث تبدو عليها سيماء الخطأ كخروج قطار عن السكة أو تصادم قطارين وتنسب هذه الحوادث الى أمين النقل . ويكفى لاثبات خطئه أن يقيم المجنى عليه الدليل أنه جرح في حادثة من هذا القبيل .

المبحث الثالث — فى المسئولية عن الخطأ والمسئولية التعاقدية

٤١٠ — فى مختلف مصادر المسئوليتين . تنشأ المسئولية التعاقدية من الاخلال بالتزام سابق تحمله الانسان ، إما نتيجة عقد أو شبه عقد . وتنشأ المسئولية عن الخطأ بسبب ارتكاب فعل غير مشروع حرمة القانون . لذلك تصدر المسئولية عن الارادة أو عن الاوامر الالزامية القانونية . ويترتب على اختلاف المصدر النتائج الآتية : —

(١) تختلف كيفية تقدير الخطأ فيكفى فى المسئولية عن الخطأ ، لمسئولية الفاعل أن يقع منه خطأ طفيف . أما فى المسئولية التعاقدية فلا يؤبه إلا للخطأ الذى يقع من رب الأسرة الذى يرعى مصالحه (بند ٣٥)

(٢) لا يفترض وقوع الخطأ القانوني أى أن المجنى عليه هو الذى يتحمل عبء الاثبات أما فى الخطأ التعاقدى فيفترض وقوع الخطأ من الملتزم أى أن عدم تنفيذ العقد يشغل ذمة الملتزم بالمسئولية ولا يستطيع أن يتنصل منها إلا اذا أثبت وقوع قوة قاهرة أو حادث عرضى منعه من التنفيذ .

(٣) لا يشترط لتحمل المسئولية عن الخطأ القانوني بلوغ الرشد . ومعنى هذا أن الأهلية التعاقدية أصرم من الأهلية اللازمة لتحمل المسئولية عن الخطأ القانوني .

(٤) لا يقع التضامن بين الملتزمين بمقتضى عقد إلا إذا كان التضامن مشروطاً أو نص عليه القانون فى أحوال خاصة . أما إذا كان الالتزام مصدره ارتكاب جريمة فيقع التضامن فى جميع الأحوال بحكم القانون .

(٥) لا يستحق التعويض المترتب على عقد إلا إذا ثبت تقصير المدين ، ويستحق التعويض المترتب على ارتكاب جريمة بلا حاجة الى انذار أو ما يقوم مقامه .

٤١١ - نظرية ومهمة المسئولية . يرى بعض الشراح أنه لا يوجد إلا مسئولية واحدة ^(١) وذلك لأن مصدر التعويض فى حالة ارتكاب جريمة أو فى حالة الاخلال بتعاقد هو الخطأ أى الاخلال بالتزام سابق . وقد يكون هذا الالتزام نتيجة عقد أو شبه عقد أى التزام خاص . أو نتيجة الالتزام بعدم إلحاق ضرر بالغير أى التزام عام . ولا تختلف جسامه الخطأ تبعاً لما اذا كانت المسئولية اجرامية أو تعاقدية . وينحصر الاختلاف فى مدى الالتزام الذى انتهكت حرمة . وتسرى فى الحالتين قواعد الاثبات العامة . وليس فى طبيعة المسئولية الاجرامية أو القانونية ما يعدل قواعد

(١) بهذا المعنى زميلنا الأسوف عليه الاستاذ جرائون L'unité de la responsabilité Grandmoulin: Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles, Rennes 1892.

الاثبات . لأنه اذا كان موضوع الالتزام اعطاء شيء أو فعل أمر ، وكان مصدره التعاقد ، فالمكلف بالاثبات هو المدين الذي يدعى براءة ذمته إما بتقديم مخرصة أو بآثبات استحالة الوفاء . واذا كان موضوع الالتزام الامتناع عن فعل أمر ، فالمكلف بالاثبات هو الدائن ، وعليه أن يثبت العقد وعدم احترام المدين الحظر الوارد فيه . ولا يختلف الحال في الجريمة سواء أكان الالتزام العام إيجابياً أم سلبياً . وكل ما في الأمر أن الالتزام التعاقدى يكون في الغالب إيجابياً ، وان الالتزام المترتب على جريمة يكون في العادة سلبياً . وهذا هو تفسير ما يبدو عادة من اختلاف . وأخيراً يجب أن لا يختلف تحديد التعويضات تبعاً لكون المسؤولية تعاقدية أو قانونية .

٤١٢ — في وجوب بقاء **المسؤولية** . الخطأ الموجب للمسؤولية هو انتهاك حرمة التزام سابق سواء أكان هذا الالتزام قانونياً أم اتفاقياً إلا أن الخطأ شيء والمسؤولية شيء آخر . وقد يكون الخطأ قانونياً أو تعاقدياً والمسؤولية قانونية (إجرامية) أو تعاقدية . وإذا كان الاتفاق لا يغير مبدأ المسؤولية في ذاته إلا أنه يغير من شروط تطبيقها بسبب سريانها على نوعين من الأفعال غير المشروعة وهي (١) الأفعال غير المشروعة بذاتها التي لا تستدعي بحثاً عن العلاقة القانونية الموجودة بين الفاعل والمجنى عليه . (٢) الأفعال التي تبدو غير مشروعة لوقوعها من شخص تحمل التزاماً ناشئاً عن علاقة قانونية سابقة ، ومن هنا تفرعت النتائج السابق الإشارة إليها .

وبما أنه توجد مسئوليتان تختلف نتائجهما فيتمتع أن نبين على وجه الدقة نوع كل مسؤولية ولهذا التفرقة أهمية فيما يتعلق بمحوادث العمال من حيث الاثبات . لأنه اذا كانت مسؤولية رب العمل تعاقدية ، فهو المكلف بإقامة الدليل على عدم ارتكابه أى خطأ ^(١) واذا كانت مسؤوليته قانونية ، فالعامل

(١) من هذا رأى Marc Sauszel : De la responsabilité pes patrons
Rev. Crit. 1883 ; Sainctelette. De la responsabilité et de la garantie

هو المكلف بإثبات خطأ رب العمل . وهو اثبات متعذر الحصول ، يترتب عليه دائماً أن يتحمل العامل الضرر . وقد سار القضاء الفرنسى على هذه القاعدة الأخيرة حتى سنة ١٨٩٨ (جوسران ج ٢ بند ٤٨٦) وتبعه القضاء أن المختلط والأهلى^(١) على أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت مسؤولية أمين النقل تعاقدية أساسها التزامه بإيصال المسافر سليماً الى مقره (نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ س ١٩٣٠ ، ١ ، ٣٦٨) لكن القضاء المختلط اعتبر أمين النقل مسؤولاً عن خطئه طبقاً للبادة ٢١٣ م (سم ٣ يناير سنة ١٩٠٦ ق ج ١٨ ، ٨٢)

٤١٣ - في استقامة الجمع بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية عن الخطأ القانونى لكل مسؤولية مجال خاص وليس من المعقول أن يكون العاقدون معتبرين في آن واحد من الغير ، بسبب تعارض الصفتين ، لأن الدخول في الفريق الأول يفيد الخروج من حظيرة الفريق الثانى ، وليس العاقد من الغير مضافاً اليه عاقد . والأشياء المختلفة لا تجمع سوياً . والمسؤولية التعاقدية تُقضى بحكم القانون ، المسؤولية الاجرامية .

لكن القضاء الفرنسى اعتبر أن العلاقة الالزامية الواحدة قد يترتب عليها ازدواج الدائنية والمديونية . فيكون الشخص الواحد دائماً أولاً بحكم القانون ، ودائناً ثانياً بمقتضى العقد كأمين النقل الذى يتسلم بضاعة لنقلها يلتزم بمقتضى عقد النقل بالمحافظة عليها والعناية بها . لكنه يظل متحلاً بالالتزام الذى يقضى على كل شخص بعدم الحاق ضرر بالغير . فاذا تلفت البضاعة أخل أمين النقل بالتزامين ، الأول التزام تعاقدى والثانى التزام

(١) سم مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ ق ج ٣٥ ، ١٨١ وسم أعلى مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ مجموعة رسمية ٢٨ ، ٤٨ . وفي حوادث السيارات السيارات يتعين على المخيّر عليه اثبات خطأ السائق (سم أول مارس سنة ١٩١١ ق ج ٢٣ ، ٢٠٢ و ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ جائزة المحاكم المختلطة ج ٢٠ ، ١٨٨ ، ١٧٥ وسم ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جريدة من ٢٢ ، ٢٧٥ ، ٣٢٠

(٢) محكمة اللبان الجزئية ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ مجموعة رسمية ٢٦ ، ٩٣ : ١

عدم ارتكاب فعل غير مشروع أى جريمة . ويترتب على هذا رأى النتائج الآتية :

(١) إذا تضمن العقد شرطاً حازفاً أو مخففاً للمسئولية ترتب على هذا الشرط زوال المسئولية التعاقدية لعدم مساسها بالنظام العام . أما المسئولية عن الأفعال غير المشروعة (الاجرامية) فهي من النظام العام وتبقى قائمة ^(١) وهذه المسئولية التى بقيت حتى الآن فى المرتبة الثانية تخطو الى الامام وتظهر فى المرتبة الاولى ، وهو ما يترتب عليه عكس حل الاثبات واستفادة المدين كأمين النقل . وبدلاً من أن يصير مسئولاً بحكم القانون لعدم تنفيذه التزاماته التعاقدية ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما يستطيع المجنى عليه العثور على خطأ ، واثبات وقوع هذا الخطأ من أمين النقل ^(٢)

(٢) يكون للدائن بمقتضى عقد ، الخيار بين المسئولية التعاقدية والمسئولية عن الأفعال غير المشروعة . وأحسن من هذا يستطيع هذا الدائن أن يجمع بين المسئوليتين ليختار منهما ما يطيب له من المزايا . فيستطيع اعتماداً على العقد أن يثبت بلاء غناه حقه قبل أمين النقل ويستطيع اعتماداً على الفعل غير المشروع ، أن يطالب أمين النقل بتعويض كامل شامل حتى ما كان غير متوقع الحصول وقت التعاقد ^(٣)

وينتقد الشراح نظرية الخيار والجمع بين المسئوليتين . ويتجه القضاء الفرنسى الى العدول عن هذه النظرية ، ويميل الى الأخذ بالمبادئ الصحيحة واعتبار المسئولية التعاقدية نافية ومبعدة للمسئولية عن الأفعال غير المشروعة لأن هذا النوع الثانى من المسئولية خاص بالغير لا بالعاقدين ^(٤) إنما يجب

(١) نقض فرنسى ٢٧ يوليوسنة ١٩٢٥ د ، ١٩٢٥ ، ١ ، ١ وتطبيق الأستاذ Ripert

(٢) نقض فرنسى مدنى ٢٧ ديسمبر ١٩٠٥ س ، ١٩٠٦ ، ١ ، ٢٨٦

(٣) نقض مدنى اودة المرافض ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ د ، ١٩٢٧ ، ١ ، ١٠٥ وتطبيق Josseland

(٤) نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩١١ د ، ١٩١٣ ، ١ ، ٢٤٩ ، ١١ يناير سنة ١٩٢٢

و ٦ ابريل سنة ١٩٢٧ د ، ١٩٢٧ ، ١ ، ١١١

ملاحظة أن المسؤولية الاجرامية تتدخل في العقد في حالة الغش وفيما اذا كان الاختلال بالعقد يُكوّن جريمة جنائية (جوسران ج ٢ بند ٤٨٤ وهيار ج ٢ بند ١١٧)

ولنا أن نلاحظ أن مجال المسؤولية التعاقدية اتسع الآن فشمل الأطباء والجراحين . والمستأجر المجنى عليه بسبب حادثه في الأماكن المؤجرة (روان ٤ يونية سنة ١٩١٩ س ١٩١٣ و ١٤٥) وصاحب الفندق بالنسبة لنزلاته (تقض فرنسي ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الاسبوعي ١٩٢٩ و ١٧) وصاحب محل تعليم ركوب الخيل بسبب اصابه تلميذ أثناء تلقيه درسا (ليون ١٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ د ١٩٢٤ ٥١٠٢) وصاحب أراجيس وخلافها للعب الاطفال (جرينويل ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٨ دالوز الاسبوعي ١٩٢٨ و ٣٤٣) ومسئولية أمين النقل قبل المسافرين . وهذا الاتجاه مفيد للمجنى عليهم لأنه يعفيهم من الاثبات ويلقى عبثه على المدين .

الفرع الثالث^(١) — المسؤولية الشيثية أو الختمية

(المسؤولية القائمة بلا تدليل على الخطأ)

٤١٤ — **عمومات** . تقضى القواعد القانونية التقليدية أن لا مسؤولية إلا اذا ثبت الخطأ وفقاً لقواعد الاثبات لكن الرغبة في تمكين المجنى عليه من الحصول على تعويض عادل عما أصابه من الضرر خففت من صرامة هذه القواعد في كثير من الأحوال لأن تكليف المجنى عليه باثبات خطأ الفاعل عسير الحصول لاحتمال عدم وجود شهود على الحادث ، وقد يقع الحادث من الشيء أو الأدوات ، أو الحيوان المملوك للدين وهو ما يجعل نسبة الخطأ إليه عسيرة الاثبات ، ولا يحصل المجنى عليه على تعويض . وقد رأى القانون

(١) la responsabilité delictuelle sans faute prouvée; responsabilité

objective أو responsabilité de plein droit الختمية أو المسؤولية

أن يسعف المجنى عليه فأقام قرآن قانونيه تفيد افتراض الخطأ وتعني المجنى عليه من الاثبات . وبذلك يكون القانون قرر مسؤولية حتمية أو مسؤولية بلا خطأ ثابت اى مسؤولية شئيه وتقع هذه المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء التي للانسان عليها رقابة وادارة .

المبحث الاول - المسؤولية عن فعل الغير

٤١٥ - تقسيم . تقضى المادة ١٥١ و ١٥٢ / ٢١٢ و ٢١٤ مدني بمسؤولية الانسان عن فعل الغير في أربعة أحوال وهي (١) الآباء والأمهات بسبب الضرر الذي يحدثه أولادهم القصر (٢) معلمو التلاميذ والصبية بسبب الضرر الذي يحدثه تلاميذهم (٣) عريف الصناعة بسبب أفعال الصبية (٤) السيد بسبب فعل مخدومه . ولا يجوز التوسع في هذا الباب بطريق القياس لأن الاصل أن لا يسأل الانسان إلا عن أفعاله . فالزوج غير مسئول مدنياً عن الجرائم أو اشباه الجرائم التي ترتكبها زوجته . والجد لا يسأل بحكم القانون عن الضرر الحادث بفعل حفيده ، والوصى لا يسأل بحكم القانون عن الضرر الحادث بفعل من هو تحت وصايته ، كما أن المالك لا يسأل عن الأخطاء الواقعة من جاره ^(١) إلا أنهم قد يسألون بسبب خطئهم الشخصي ويتعين على المدعى أن يقيم عليه الدليل .

٤١٦ - تعدد المسؤوليات . إذا مثل شخص عن فعل الغير ، فلا تزول مسؤولية الفاعل . فمسؤولية الأب عن أولاده لا تزيل مسؤولية الولد بسبب فعله الشخصي . لأن كل مسؤولية تصدر من فكرة مختلفة فالأب تنتشغل ذمته بالمسؤولية ولولم يثبت وقوع خطأ من جانبه في حين أن عمل الولد قد يكون على جانب كبير من الخطورة . لذلك يكون أمام المجنى عليه مشولان وهذا

(١) عن فرنسي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢١ د ١٩١٥ ، ١٤ ، ١٠٤

التعدد نظري محض لأنه لا يفضي الى أكثر من أن يستولى المجنى عليه على تعويض واحد فقط لأن التنفيذ على القاصر أو الصبي أو الخادم أو البواب لا يجدى شيئاً في الغالب . وهذا هو تفسير وجود مسؤولية مدنية يتحملها الأب وعريف الصناعة والسيد . لأنه اذا كان الغرض تضمين المجنى عليه فعلاً ، تعين تحرى المسؤولية والملازمة المالية في مظاهرها .

٤١٧ - في فضاء معنى مسؤولية الوالدين والعلم والعريف . المسؤولية عن فعل الغير ولو أنها مقررة بحكم القانون يجوز فيها بدليل عكسي (١) اذا استحال على الأب أو المعلم ، أو العريف من الوجهة المادية أو المعنوية ، منع وقوع الفعل الضار . وتستفاد هذه الاستحالة من مجموع الظروف التي تنفي عنهم الخطأ المباشر أو البعيد . وتقدير هذه الظروف متروك لقاضي الموضوع لذلك تعتبر قرينة الخطأ التي تسرى على المسئول عن فعل الغير قرينة بسيطة يجوز نقضها بدليل عكسي (٢)

٤١٨ - في مسؤولية الآباء والأمهات . يطلب من الأب أن يعنى بتأديب ولده ورعايته . ويطلب من الأم العناية بشأن ولدها (٣) ومسؤولية الأب والأم هي نتيجة لهذا الالتزام . والظاهر أن الشريعة الإسلامية لم تفرق بين الأم والأب من ناحية الالتزام بالعناية بولدهما مادامت الزوجة قائمة بينهما . فاذا انفصلا تحمل المسؤولية من له الحضانة على الولد . وتزول مسؤولية الوالدين ببلوغ الولد الرشيد .

ويشترط لمسؤولية الآباء إقامة الولد معهم إقامة شرعية . وليست العبرة

(١) لم تقرر المادة ١٥١ و ١٥٢ مدني الى امكان إقامة الدليل العكسي بخلاف المادة ١٣٨٤

مدني فرنسي . ونرى أن القانون المصري لم يشأ مخالفة القانون الفرنسي

(٢) استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة السنة الثانية عشرة حكم رقم ٤٩٤ من

١٠ وعكس ذلك سم ٨ مايو سنة ١٩٣٠ تق ج ٤٤ ، ٩٨٦ .

(٣) مادة ٣٦٥ من كتاب الاحوال الشخصية للمصري باشا

بالاقامة المادية فقد يسأل الوالدان عن أفعال ولدهما القاصر اذا تركاه يهيم على وجهه في الطرقات . او اذا حرما عليه الاقامة في منزل الأبوية أو اذا لاذ بالفرار من تلقاء نفسه ، ولكن العبرة بأن لا يكون الوالدان فوضا تفويضاً كاملاً أو ناقصاً الى شخص آخر كعلم أو عريف صناعة سلطتهما الأبوية . ففي هذه الحالة يتحمل المعلم أوزب العمل المسئولية وتزول مسئولية الوالدين ^(١) وكذلك الحال اذا كان الولد موضوعاً في اصلاحه أو مستشفى .

وقد اعتبرت بعض المحاكم الفرنسية أن مسئولية الوالدين تتحدد طبقاً للقواعد العامة اذا ثبت أن الفعل الضار الحاصل من الولد مسبوق بخطأ الأب أو الأم مثل سوء العناية بالولد وتنشئة نشأة فاسدة ^(٢) وهذا الرأي يتفق مع ما تقتضيه الشريعة الاسلامية من الزام الوالدين بتأديب الولد وتربيته وتعليمه ما هو ميسر له من علم أو حرفة .

٤١٩ - مسئولية المؤدبين . يدخل المؤدبون والمعلمون على اختلاف طبقاتهم تحت حكم المادة ٢١٢/١٥١ مدني ويشترط لمسئوليتهم توافر الشروط الآتية :—

- (١) يسأل المعلم عن الضرر الذي يحدثه التلميذ بتلميذ آخر وبالعير، ولكن اذا أحدث التلميذ بنفسه ضرر كجرح فلا مسئولية على المعلم ^(٣)
- (٢) يجب أن يقع الضرر من التلميذ أثناء وجوده تحت مراقبة المعلم . ذلك لأن هذه المسئولية حرفية . ومتى انقطع المعلم عن مباشرة حرفته فلا يفترض خطؤه بسبب حرفته .

(١) محكمة بور سعيد الجزئية ١٥ يونيه سنة ١٩٢٩ جانية المحاكم المختلطة ج ٢ ، ١٩١ . وجوسران ج ٢ بند ٤٩٥
 (٢) محكمة المين للدنية ١٥ مارس سنة ١٩٣٠ دالوز الاسبوعي ١٩٣٠ ، ٣٢٤
 (٣) بواتيه ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الاسبوعي ١٩٢٨ و ٥٩٨ و ٥ مارس سنة ١٩٣٠ دالوز الاسبوعي ١٩٣٠ ، ٢٩٥

(٣) يكفى لمسئولية المعلم أن يكون التليذ موضوعا تحت رقابته دون تفرقة بين التليذ الداخلى أو الخارجى. وواجب المراقبة متعين على المعلم حتى لو كان التليذ بالغاً و متمتعاً بكافة حقوقه (١)

(٤) لا يشترط لمسئولية المعلم أن يستولى على أجرم من والد الطفل لأن أساس مسئوليته فكرة الرعاية والملاحظة لا الاستيلاء على أجر لذلك تسأل المنشآت والجمعيات الخيرية ورعاية الأطفال (٢)

وتزول مسئولية المعلم اذا أقام الدليل على أنه بالرغم من مراقبته المستمرة والجديده ما كان فى مقدوره أن يمنع وقوع الضرر . كما لو وقع الحادث لجأه (٣)

٤٢١ - فى مسئولية عرفاء الصناعة وصيانيهم (٤) . يدخل عرفاء الصناعة تحت حكم المادة ٢١٢ / ١٥١ مدنى بالنسبة للضرر الذى يحدثه الصياني الموضوعون تحت اشرافهم أثناء وجودهم تحت مراقبتهم سواء لحق هذا الضرر بقية الصياني أو الغير .

٤٢٢ - فى مسئولية السيد عن أفعال غريمه (٥) . تقضى المادة ٢١٤ / ١٥٢ بأن السيد يلزم بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعا منهم فى حال تأدية واطاقهم ، والخلعة من العقود غير المعينة التى تشمل مختلف الأشياء ، وهى علاقة

(١) باريس ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٢٦ م ، ١٩٢٧ ، ٢ ، ٦٤ .

(٢) قضا فرنسى ٩ يولية ١٩٠٧ م ، ١٩٠٨ ، ١ ، ٧٦ وقضا فرنسى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ، ١٩٢٢ ، ١ ، ٣٣ .

(٣) قضا فرنسى ١٩ مايو سنة ١٩٠٩ م ١٩١١ ، ١ ، ٤٤٩ واستئناف اهلى مصر ١٣ مايو سنة ١٩٣١ الحملة السنة الثانية عمرة حكم رقم ١٢٨ م ٢٣٩ .

(٤) artisan et apprenti

(٥) maitres et domestiques وذكر كالمادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى Commellant

et préposé ومنها préposition وتفيد معنى التكليف بعمل وسنطلق عليها كلمة «خدمة»

قانونية تفيد تكليف شخص بمباشرة عمل من أى نوع كان ، كالعامل والمستخدم بالنسبة لولى العمل ، وخادم المنزل بالنسبة لسيده ، والبواب بالنسبة لمالك المنزل لا بالنسبة للسأجرين ، والوكيل بالنسبة لموكله ، والظفر بالنسبة لجمعية رعاية الأطفال التى سلمت اليها الطفل ^(١) ولا تقتضى الخدمة بطبيعتها أجراً يتسلمه الخادم ، كما أنه لا أهمية للكيفية التى يتحدد بها الأجر ^(٢)

والضرر غير المشروع الذى يحدثه الخدمة الى الغير فى حال تأدية وظيفتهم أو بسبب تأدية وظيفتهم يشغل بحكم القانون ذمة السيد بالمسئولية وليس لهذا الأخير أن يتصل من المسئولية باثبات عدم امكانه منع الخادم من ارتكاب العمل الضار . والمسئولية التى يتحملها السيد لا تقبل الاثبات العكسى ^(٣) أى أن قرينة الخطأ التى تقع على السيد قرينة قاطعة .

وفى الحق أن هذه المسئولية بعيدة عن فكرة الخطأ بل يمكن القول بان هذه المسئولية أساسها الخطأ الذى يتحمله السيد بسبب انتفاعه بنشاط الغير . وعلى منشى الخطر أن يتحمل نتائجه ، ويأخذ على عاتقه أعمال خادمه بنقض النظر عن فكرة الخطأ . وليست أعمال الخادم فى الواقع إلا متممة لنشاط السيد .

٤٢٣ - مسئولية مصالح الحكومة : تسرى القواعد السالفة الذكر

على الموظفين بازاء المصالح الحكومية بسبب الضرر الحاصل منهم أثناء تأدية وظائفهم ^(٤)

(١) قرض فرنسى ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ د ، ١٩٢٩ ، ١ ، ١٥٣

(٢) قرض فرنسى جئائى ٢٣ يناير سنة ١٩٣١ س ، ١٩٣١ ، ١ ، ٣٥٤

(٣) قرض أملى ٢٧ مارس ١٩٣٠ للجمعية الرسمية ٣١ ، ٦٧

(٤) استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩١٢ بمجموعة رسمية ١٤ عدد ٦٩/٣٦ واول ابريل

سنة ١٩١٣ ١٤ عدد ٨٠ ، ١٥٣ و٢ فبراير سنة ١٩١٥ ١٦ عدد ١/٢٧ وقرض فرنسى

٢٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ د ١٩٣٠ ، ١ ، ٨٠ .

٤٢٤ - في أنه سلطة السيد هي أساس مسئولية عمه أفعال فمرم .
 علل بوتيه Poithier مسئولية السيد المدنية عن أفعال خدمه بخطأ الاختيار
 وبإساءة السيد وضع ثقته ، وارتكاب الخادم فعلا غير مشروع كاف
 لثبوت خطئه ويجب أن يتحمل السيد قبل الغير ما لحقهم من ضرر . وهذا
 التعليل صحيح ولكنه غير موف بالحاجة ، فقد يحدث غالباً أن يسأل السيد
 عن فعل خادم لم يشترك في اختياره . كمسئولية ناظر محطة عن جرائم
 ارتكبتها العمال الموضوعين تحت سلطته ^(١) وقد يسأل مجلس بلدى عن فعل
 موظف لا يملك المجلس اختياره أو تعيينه ^(٢) واعتبرت بلدية باريس
 مسئولة عن أخطاء فرقة المطافئ التابعة لوزارة الحرية ^(٣) لذلك يرى الاستاذ
 جوسران (ج ٢ بند ٥١١) آخذاً بما ذهب اليه القضاء الفرنسى أخيراً بأن
 مرم مسئولية السيد الى السلطة التي للسيد على الخادم . وبسبب هذه السلطة يتحمل
 السيد تضمين الضرر الذى أحدثه الخادم . وحيث تكون السلطة والادارة
 تكون المسئولية ^(٤)

وينبنى على تعليل المسئولية بنظرية السلطة وحق المراقبة واصدار أوامر
 النتائج الآتية :

(١) تقتصر مسئولية السيد على الأفعال التي يباشرها الخادم أثناء تادية
 وظيفته (١٥٢ م / ٢١٤ م) وفيما عدا ذلك لا يكون للسيد على خادمه سلطة
 أو مراقبة ولا يترتب على أفعال الخادم إلا مسئوليته وحده فلا يسأل السيد عن
 الجرح الذى يحدثه الخادم بالغير في يوم إجازته . لكن المحاكم توسعت في
 تفسير المادة ١٥٢ وقضت بمسئولية السيد عن أفعال الخدم في حالة تجاوزهم

(١) دوائر محكمة النقض الفرنسية مجمعة ٥ يناير سنة ١٨٦٦ ، ١٨٦٧ ، ١ ، ٨٤ ،

(٢) نقض فرنسى جنائى ١٢ مارس سنة ١٩١٢ س ١٨٢٢ ، ١ ، ٢٨٨ ،

(٣) مجلس الدولة ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ دالوز الاسبوعى ١٩٢٩ ، ٢٠ ،

(٤) نقض فرنسى جنائى ١١ يولية سنة ١٩٣١ دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ، ٤٩٣ ،

سلطتهم أو سوء استعمالهم لها . ولا تطالب المجنى عليه بأثبات وقوع الفعل أثناء تأدية الخادم وظيفته ؛ فقصت بمسئولية شركة سكة حديد عن أفعال الموظف الذى باشر عملا خارجا عن وظيفته كالمحافظة على متاع أحد الركاب (١) كس ١٧ مايوسنة ١٩٠٠ د ، ١٩٠١ ، ٢ ، ٥٥) ومسئولية صاحب فندق عن خيانة الامانة الحاصلة من مستخدم سلبه نزيل مبلغا من النقود بزعم أنه مختص بحفظ الودائع النقدية (ليون ٢٤ يونسنة سنة ١٩٢٠ د ، ١٩٢٢ ، ٢٠ ، ٤٠) وبمسئولية مالك سيارة عن حادثة وقعت من سائقه الذى تنزه بها بغير علم سيده . ويكفى لمسئولية السيد أن يكون الخادم مختصا فى الظاهر بالعمل الذى وقع بسببه الضرر .

(١) لا يكفي أن يقع الضرر وقت مباشرة الوظيفة أو بسببها بل يشترط فوق هذا أن يكون السيد له حق الامر والمراقبة فعلا . فالراكب الذى يستأجر سيارة ليس له سلطة على السائق ولا يعتبر سيدا . ولذلك لا يسأل مدنيا عن أفعاله الضارة . ومالك العقار لا يسأل عن أفعال العامل الذى عينه م caul اختاره المالك للقيام بعمل معين ^(١) كما أن المؤجر لا يسأل عن المستأجر منه ^(٢) لكن مالك السيارة الذى لا يحمل رخصة قيادة ويعتمد على ابنه فى قيادتها تحت اشرافه وسلطته يعتبر سيدا ^(٣)

(١) قاض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٨٠ ، ١ ، ٣٩٢ واستئناف اعلى مصر ١٩ مارس سنة ١٩٣١ الهامة سنة ١٢ حكم رقم ٣٧ ص ٥٧

(٢) قاض فرنسى ١٩ يناير سنة ١٨٩٨ د ، ١٨٩٨ ، ١٠ ، ١٧٥

(٣) قاض فرنسى ١٧ ابريل سنة ١٩٣١ ص ١٩٣١ ، ٢٥٢ واعتبر الزوج سيدا بالنسبة لزوجته بسبب حوادث السيارات والحللى لخليته (١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الاسبوعى ١٩٢٨ و ٣٦) والاصدقاء (أول مايو سنة ١٩٣٠ د ، ١٩٣٠ ، ١٤ ، ١٣٧) ويستفاد من هذه الاحكام أن الخدمة أى علاقة سيد وخادم قد توجد بين أشخاص غير مرتبطين بقصد .

المبحث الثاني - في المسؤولية عن الأشياء

٤٢٥ - تقسيم. تشمل المسؤولية عن الأشياء^(١) المسؤولية عن الحيوان والمسئولية عن المبانى ، والمسئولية عن الجراد . وسنعتقد لكل مسئولية مبحثاً خاصاً .

المفصل الاول - المسؤولية عن الحيوان

٤٢٦ - القاعرة . تقول المادة ١٥٣ / ٢١٥ م . يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه^(٢) بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور سواء كان في حيازته أو تسرب منه ،

٤٢٧ - ماهى الحيوانات التى يَسِيرُ اليها القانون . وهى الحيوانات المحبوزة التى للانسان سلطة عليها ، كالحيوانات المنزلية على اختلاف أنواعها ، أما الحيوانات المفترسة وهى التى تعتبر من الصيد المباح . فقد يتسبب عنها مسئولية تطبيقاً للمادة ١٥١ / ٢١٢ م إذا أثبت المدعى خطأ المالك بسبب تركه حيوانات ضارة تتكاثر فى أرضه دون أن يعمل على استئصالها كذئئاب أو ثعالب .

٤٢٨ - من المسؤول عن الحيوان . تقع مسؤولية الضرر الناشئ عن الحيوان على مالكه أو مستعمله وقد أثارَت هذه الصيغة التخيرية صعاباً ذلها القضاء بالقواعد الآتية . -

(١) المسؤولية المقررة فى القانون تخيرية فلا يجوز الجمع بين مسؤولية

(١) الفىء فى اللغة اسم لجميع المكونات عرضاً كان أو جوهرًا ، ويصح أن يعلم ويُنْبَر عنه وفى الاصطلاح هو الوجود الثابت المتعلق فى الخارج (التبرعات للبرجاني)

(٢) لم ترد «مستخدمه qui n'en sert» فى المادة المختلطة

المستعمل والمالك، ومتى صار المستعمل مسؤولاً سقطت مسؤولية المالك (١)
(٢) المقصود من « مستخدم » الحيوان الشخص الذي يحترف
بالارتفاع بالحيوان اما بنفسه أو بواسطة خدمه (٢). ويتعين التفرقة بين
الارتفاع بقصد الربح أو بقصد المجاملة. فالارتفاع بقصد الربح يترتب عليه
المسؤولية بحكم القانون كصاحب فندق، أو يطار، أو مروض خيل
السباق (٣). والاستعمال بقصد المجاملة لا يترتب عليه مسؤولية كالشخص
الذي يقبل بمجاملة أن يحافظ على حيوان لا يسأل الا عن خطئه المعين والثابت (٤)
لذلك تستند المسؤولية عن الحيوان على أساس حرفي واقتصادي فوق استنادها
على فكرة السلطة.

(٣) اذا سلم المالك حيوانه الى خادم ظل مسؤولاً عن الحيوان بحكم
القانون، لأن فقد الحراسة المادية لا يرفع حراسته القانونية.

٤٢٩ - متى تقع المسؤولية بحكم القانون (١) يجب أن ينشأ الضرر
حقيقة عن فعل الحيوان. فاذا عزيت الحادثة الى شخص المالك بفعله أو
بفعل حارسه التزم المجنى عليه أن يثبت خطأ المدعى عليه.

(٢) لا يسأل المالك بحكم القانون عن الاستعمال بقصد المجاملة. فاذا
سلم المالك حيوانه الى شخص ليتفجع به تفضلاً، فلا يسأل المالك الا اذا
ثبت خطؤه (٥)

٤٣٠ - في أموال الإعفاء منه المسؤولية. مالك الحيوان والمتفجع به
يظنان مسؤولين بحكم القانون حتى لو تسرب الحيوان. ولا يستطيع المدعى

(١) قض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ د، ١٩٢٥، ١، ٤٩ وتطبق Savatier

(٢) الحكم السابق وقض مدني ٢ مايو سنة ١٩١١ س ١٩١٣، ١، ١١.

(٣) يونيو ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٣ د، ١٩٠٤، ٢، ١٨٠ وقض فرنسي ٣ ديسمبر
سنة ١٩٠٣، ١٨٠٣، ١، ٣٣٧.

(٤) باريس ١٠ مارس سنة ١٨٩٢ د، ١٨٩٤، ٢، ١١٥.

(٥) قض ١١ مايو سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعي ١٩٣١، ٣٨١.

عليه بالتعويض أن يتصل عن المسؤولية بإثباته عدم تمكنه من منع الضرر ذلك انه محروم من اقامة الدليل النافي لخطئه ^(١). ولا يجوز الاتفاق سلفاً على عدم المسؤولية بسبب الضرر الذي يحدته الحيوان بالأشخاص أو بالأموال ، لتعلق هذه المسؤولية بالنظام العام . وليس للدعى عليه بالتعويض من سبيل لرفع مسؤوليته إلا في حالتين : —

(١) القوة القاهرة . لا يسأل الحارس اذا جفل الحيوان بسبب ضوضاء شديدة ، أو حادثة سماوية كبرق أو رعد وفلت من حارسه معتزلاً على رأسه وذهب جرياً غالباً لا يملكه في الطرقات عاتياً في المارة ، لأن المستحيل لا يلزم ^(٢) .

(٢) خطأ المجنى عليه . يعنى خطأ المجنى من المسؤولية . انما يلاحظ أن الخطأ ليس له فضيلة الاعفاء الا بقدره . فاذا لم يكف الخطأ في ذاته لتفسير الضرر ، كما لو حصل الضرر من تصافر عدة عوامل ، وزعت المسؤولية بما يترتب عليه تقليل التضمنين .

٤٣١ — في ماهية المسؤولية عن الحيوان . مسؤولية حارس الحيوان هي من النوع الشئى ومصدرها فكرة الخطر . فكل من ينشئ خطراً ، بادخاله في المجتمع عاملاً فعالاً للضرر ، يجب أن يضطلع بالحمل الذى يترتب على وقوع الخطر ^(٣) .

(١) قرض مدنى ١٧ بولية د ١٩١٧ . ١٠ ١٣٣ .

(٢) استئناف مصر أهلى ١٧ يونيه سنة ١٩٣١ المطامة السنة الثانية عشرة حكم رقم

٢٦١ من ٥٢٩

(٣) قرض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ د ، ١٠ ١٩٠٤ ، ٥٦٨ ،

المفصل الثاني — في المسؤولية عن المباني

٤٣٢ — **نقص النصوص القانونية** . لم تشر القوانين المصرية الى مسؤولية مالك المباني عن الاضرار الناشئة عن المباني المملوكة لهم . وقد نصت المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسى على مسؤولية المالك بسبب تهمد المباني اذا كان ناشئاً عن انعدام صيانتها أو عن عيب فى بنائها . ورغم هذا النقص فقد قررت المحاكم المصرية مبدأ المسؤولية فى هاتين الحالتين ^(١) .

٤٣٣ — **فى ماهية المسؤولية عن المباني** . يمكن ارجاع مسؤولية المالك عن المباني الى فكرة الخطأ والى فكرة الخطر . ففى ترجع الى فكرة الخطأ لأن انعدام الصيانة يعزى عادة الى المالك . وترجع الى فكرة الخطر لأن عيب الانشاء لا يمكن أن ينسب الى المالك فى معظم الأحوال ، فقد يجهل هذا العيب إذا اشترى المباني من شخص آخر ، أو اذا كانت أقام بناء بمعرفة مهندس بسبب عدم درايته ولكنه فى هذه الحالة يستطيع الرجوع على المهندس (م ٤٠٩ / ٥٠٠ مدنى)

ويرى القضاء المختلط أن أساس المسؤولية عن المباني هو الخطأ ^(٢) ولذلك يكلف المبنى عليه باثبات خطأ المدعى عليه بالتعويض سواء كان مالكا أم لا ، وقد يكون الخطأ واقعا من مهندس معمارى ، فيكون مسئولا عن الضرر ^(٣) أو من الشخص المكلف قانونا بالمحافظة على المباني كوصى القاصر ^(٤) وحائز المباني ، بحسن أو بسوء نيته ^(٥) وأخذ القضاء الأهلى فى بعض أحكامه بنظرية الخطأ ^(٦)

(١) سم ٨ فبراير سنة ١٩١١ ق ج ٢٣ ، ١٦٠

(٢) سم ١٧ مارس سنة ١٩٢٧ ق ج ٣٩ ، ٣٣٤

(٣) سم ٥ يناير سنة ١٩٢٨ ق ج ٤٠ ، ١٢٢

(٤) سم ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ ق ج ٤٢ ، ٢٥٨

(٥) سم ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ ق ج ٣٨ ، ١١٢

(٦) استئناف أهلى ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ شرائع ٢ عدد ٢٠٠ ص ١٨٤

المفصل الثالث — المسئولية عن الجمادات

- ٤٣٤ — **نقص النصوص القانونية** . نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ مدني فرنسي على مسئولية الانسان عن الأشياء الموجودة تحت حراسته . وخلت المادة ٣١٢/١٥١ من الإشارة الى المسئولية عن الجمادات^(١) فهل قصد المشرع المصري أن تسرى عليها قواعد المسئولية عن الأفعال غير المشروعة ، وأنه لم ير حاجة إلى الإشارة إلى الجمادات لأن « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير » تناول المسئولية عن الجمادات متى توافرت شروط المسئولية
- ٤٣٥ — **تطبيق قواعد المسئولية عن الخطأ** . طبقت المحاكم المصرية قواعد المسئولية الذاتية على الجمادات ، فقضت بتحميل المجني عليه عبء الإثبات في حوادث السيارات^(٢) وحوادث العمل^(٣) وحوادث السكة الحديد^(٤) . لكن هذا الإثبات عسير الحصول . اذ كيف يطلب من المجني عليه أن يثبت خطأ أمين النقل وكل شهود الحادثة من عماله ، ومصلحتهم تقضي برفع مسئولية أمين النقل . لذلك صار الأخذ بنظرية « لا مسئولية الا اذا قام الدليل على خطأ المسئول »^(٥) ، معناه حذف كل مسئولية .
- ٤٣٦ — **إفادته قرائن بسيطة** : كيف السبيل لرفع هذا الحيف عن

(١) عبر المشرع الفرنسي عن هذا بقوله المسئولية بفعل الأشياء *du fait des choses* مع أن الأشياء لا حياة فيها . ولا يمكن نسبة الفعل إليها . ولعل ما في هذا التعبير من سفخ حدا المشرع المصري إلى أعمال هذه البارة . فالإنسان فقط هو الذي يرتكب أفعالا . وليس الشيء الا أداة فقط لالحاق الضرر وليس سبب الضرر .

(٢) سم أول مارس سنة ١٩١١ ق ج ٢٣ ، ٢٠٢

(٣) سم ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ ق ج ٣٥ . ١٨١ ومن هذا الرأي الأستاذ والنون *L'Egypte Contemporaine* 1921. pp 465-475.

(٤) سم ٣ يناير سنة ١٩٠٦ ق ج ١٨ ، ٨٢ واستئناف ١٩ يناير سنة ١٩٠٨

مجموعة رسمية اهليه ١٠ ، ١٠

(٥) *pas de responsabilité sans faute prouvée*

المجنى عليه ؟ رأى البعض أن لا معدى من اقامة قرائن بسيطة تدل على خطأ المسئول . وهذه القرائن يقدرها القاضى وتحمل فى ثناياها خطأ المدعى عليه . وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية بهذا رأى ^(١) واتبعها بعض المحاكم المصرية ^(٢)

٤٣٧ - المسئولية التعاقدية . عمده فريق ثالث الى المسئولية التعاقدية . فأخذ فى خص بعض العقود محاولاً أن يستخلص من مشتملاتها التزاماً بالمحافظة على سلامة مدعى التعويض . ولكن القضاء تجههم لنقل المسئولية من مجال الأفعال غير المشروعة الى مجال التعاقد . واعتبر محاولة العثور على التزامات لم تقع فى خلد العاقدين ، أو فى خلد أحدهما على الأقل ، تقريراً لالتزامات « برتورية » ، ^(٣)

٤٣٨ - المسئولية بسبب الحراسة . قال بهذه النظرية الأستاذ سالى ومقتضاها أن لا حاجة للالتجاء الى فكرة الخطأ للمسئولية عن الجمادات ويكفى الالتجاء الى فكرة الحراسة garde فكما أن حارس الحيوان ، يعتبر المسئول المباشر عن الضرر الحاصل من الحيوان الموضوع تحت حراسته بما له من السلطة عليه واعتباره الممثل القانونى له ، فكذلك الحال بالنسبة للجمادات .

وقد لاقت هذه النظرية نجاحاً فى النهاية ، رغم ما قبلت به فى أول الأمر من النقد ، وكان الفضل فى الكشف عنها الى محكمة النقض الفرنسية

(١) روان ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٨ د ، ١٨٩٠ ، ٣١٦ ، ٢ وريوم ٣٠ يولية ١٩٠٣ د ، ١٩٠٣ ، ٢ ، ١٧٢ .

(٢) سم ١٦ يونيه سنة ١٨٩٧ تق ٩ ، ٣٨٨ و ١٤ يونيه ١٨٩٩ . تق ج ١١ ، ٢٨٠ و ٥ يناير سنة ١٩٢٨ تق ج ٤٠ ، ١٢٢ . واستئناف مصر ١٠ ابريل سنة ١٩٢٧ مجموعة زربية ٢٨ ، ٥٩ .

(٣) Josserand : Les transports no. 883 Camerlinck. De la responsabilité delictuelle. Rev. Crit. 1931 p. 83

في حكمها الصادر في ١٦ يونية سنة ١٨٩٦ (د، ١٨٩٧، ١٠ : ٤٣٣) وصدرت بعد ذلك مئات الأحكام مؤيدة لهذه النظرية، وأعفت كلها المجنى عليه من اثبات خطأ خصمه^(١) وقد أخذت بعض المحاكم الأهلية بهذه النظرية^(٢). وقد تضمن قانون لبنان الجديد هذه القاعدة (م ١٣١).

٤٣٩ — في مجال المسؤولية عن الجمار. تسرى المسؤولية عن الجمار على مختلف الأشياء كالعقار بأصل خلقته، والعقار بالتخصيص، وانخساف الأرض وسقوط الشجر، والاسلاك الكهربائية، وأنايب الغاز، وسقوط اناء، وانفجار آلة، وتطاير شرار من آلة وانفجار بارود، وانطلاق بندقية، وبقاء غازات ضارة في قبو، وحوادث القطار، والترامواي، والسيارة الخ.

٤٤٠ — في شروط المسؤولية عن الجمار. يشترط أن يحدث الضرر من الجمار فإذا حدث بفعل الحارس سرت قواعد المسؤولية عن الخطأ ويتحمل طالب التعويض عبء الاثبات. لكن من العسير عملاً أن يفرق بين الشيء والانسان وبخاصة في حوادث السيارات.

حوادث السيارات. من الحوادث ما يقع بفعل السيارة ذاتها. بقطع النظر عن السائق كتمزق أو انفجار أحد أجزائها، أو وقوفها بعد ربطها ثم اندفاعها الى الأمام بسبب ميل الأرض. ومنها ما يقع عندما تتحرك السيارة بواسطة سائقها.

ولم يفرق القضاء الفرنسي بين تحرك السيارة من تلقاء نفسها أو بفعل السائق واعتبر السائق في كلتا الحالتين حارساً يسأل بحكم القانون^(٣) وقد

(١) Saleilles, les accidents du travail et la responsabilité civile

(٢) أسبوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة رسمية ٢٩، ١٣٠

(٣) نفس فرنسي ٢١ فبراير سنة ١٩٢٧ د، ١٩٢٧، ١، ٩٧ و ١٦ أبريل سنة

١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩، ٢٨٤.

قررت الدوائر الجمعية لمحكمة النقض الفرنسية هذه القاعدة فقالت بأنه لا فرق بين أن يكون الشيء الذى سبب الحادثة تحرك بيد الانسان أم لا (١) ٤٤١ - فى الحارس . لا تقع المسؤولية على المالك بل على الحارس (٢) gardien والمقصود بالحارس من له سلطة الادارة والمراقبة (٣) وهو نفس المعنى المفهوم من الحارس فى المسؤولية عن فعل الغير وعن فعل الحيوان أى حيث تكون السلطة تكون المسؤولية . ويتعين على الانسان أن يحافظ على الأشياء التى صارت له عليها السيادة ويسأل عما يبدو عليها من جروح أو شطط وما ينتج عنها من تخريب أو تدمير فى الطريق الذى توجهت فيه بفعل الانسان لأن منشئ الضرر وموجهه يتحمل ما يترتب عليه من النتائج .

٤٤٢ - الحراسة والملكية تختلف الحراسة القانونية بهذا المعنى عن الملكية فى أن المالك قد لا يحتفظ بالحراسة القانونية للشيء المملوك له . فقد يفقد المالك الادارة والمراقبة بعقد يفصل السيادة dominium عن الحراسة القانونية مثال ذلك :

- (١) عقد ايجار الأشياء . اذا استأجر شخص سيارة أو سفينة أو دراجة زالت الحراسة عن مالكها وصار المستأجر حارساً .
- (٢) عقد عارية الاستعمال . يترتب على هذا العقد تحميل المستعير عبء المسؤولية ، لأن العارية تغير محل الحراسة القانونية ، وهى المعتبرة هنا .
- (٣) لا يعتبر مالك السيارة حارساً لها أثناء تلقيه دروساً فى القيادة (٤) لكن المالك يعتبر حارساً للسيارة أثناء اختباره للحصول على رخصة قيادة (٥) .

(١) دوائر محكمة النقض الفرنسية بجمعية ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ د ، ١٩٣٠ ، ١٠ ، ٥٧ .

(٢) باريس ٢٥ ابريل سنة ١٩٣١ س ، ١٩٣٢ ، ٢٠ ، ٦٠ .

(٣) pouvoir de direction et de contrôle

(٤) قض جنائى ٢٤ يولية سنة ١٩٢٠ د ، ١٩٢١ ، ١ ، ٣٠ .

(٥) تولوز ٨ يناير سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ ، ١٢٦ .

٤٤٣ — في الحراسة القانونية والحراسة المادية. تختلف الحراسة المادية عن الحراسة القانونية في أن الحراسة المادية هي مجرد اتصال بسيط بالشئ. أو حبس له ، مما يبنى عليه ما يأتي : —

(١) لا يبرأ السائق من حراسة سيارته بسبب تركه إياها وتوافره على بعض أشاغله . ولا ترتفع عنه الحراسة القانونية ، وبذلك يتحقق بنوع من التجديد استبدال الحارس القديم بآخر جديد .

(٢) لكن سائق السيارة الذي عهد اليه المالك بالسيارة لا يعمل لحساب نفسه بل يعمل لحساب الغير . وليس له من الاضطلاع بشئونه ما يجعله مسؤولاً قبل الغير عن الضرر الذي يسببه لهم . كما أن سيده لم يقع في خلده أن يتنازل عن سلطة الادارة والمراقبة . وعلى هذا يتحمل المالك ، وحده دون غيره المسؤولية ^(١) وينبئ على هذا أن المجنى عليه لا يستطيع أن يحصل على تعويض من السائق الا إذا أثبت خطأ السائق . ويسأل السيد عن هذا الخطأ بصفته سيداً لا بصفته حارساً . كما أن الخادم اذا أصيب بجرح من الشئ المسلم اليه استطاع أن يرجع على سيده بالتعويض باعتبار السيد حارساً لهذا الشئ ^(٢) .

(٣) اذا باع تاجر سيارة على شرط التجربة وقدم سائقاً في خدمته لاجراء التجربة ظل التاجر معتبراً حارساً للسيارة ، ولا تتقل المسؤولية الى المشتري . وفي كل ما تقدم تتطابق نظرية حارس الجناد مع نظرية حارس الحيوان . وتسرى المادة ١٥٣ / ٢١٥ مدني .

٢٤٤ — في أموال الاعفاء من المسؤولية أو تخفيفها . تنقسم هذه الاحوال الى (١) احوال معفية بتاتاً من المسؤولية (٢) احوال مقررة للمسئولية بدلا من المسؤولية عن الاشياء (٣) احوال تحمل فيها المسؤولية

(١) قض مدني فرنسي ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ د ، ١٩٢٩ ، ١ ، ١٢٩

(٢) حكم ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ السابق الاشارة اليه

التعاقدية محل المسؤولية عن الأشياء .

٤٤٥- في أموال الإغفاء من المسؤولية . لا يستطيع الحارس أن يتنصل من المسؤولية باثبات انه لم يرتكب خطأ ، أو انه اتخذ كل الاحتياطات العادية أو انه سلك سلوك الرجل الحذر : ذلك لأن قرينة مسؤوليته لا يمكن نقضها بدليل عكسي ، وهي كالقرينة المقررة بالنسبة لحارس الحيوان ، أو بالنسبة للسيد . ولا يستطيع نقض هذه القرينة إلا الآب والأم والمعلم وعريف الصناعة اذا أثبتوا عدم ارتكابهم خطأ . ذلك لأن مسؤولية الحارس لا تفسر بقرينة الخطأ ، ولكن بالخطر المنشأ أو افتراض المسؤولية ولا يهم بعد ذلك البحث فيما اذا كان الحارس ارتكب أو لم يرتكب خطأ (١) وإذا أبرأت المحكمة الجنائية الفاعل ظلت مسؤوليته قائمة من الوجهة المدنية . فبرأة سائق سيارة من تهمة القتل خطأ ، لا تمنع المحكمة المدنية من تضمين المجنى عليه ، لأن المسؤولية المقررة في المادة ٢١٥/١٥٣ م - وهي أساس المسؤولية عن الجملادات - لا تفترض ارتكاب السائق خطأ ، بل تقرر المسؤولية عن الأشياء . ولكن اذا قضت المحكمة الجنائية بنسبة الحادث الى خطأ المجنى عليه ارتفعت مسؤولية الحارس ، ولا تستطيع المحكمة المدنية بعد ذلك أن تحكم بتعويض مدني احتراماً لقاعدة قوة الشيء المحكوم به (٢)

والآن ما هي أسباب الاعفاء من المسؤولية ؟ تنحصر هذه الأسباب في أحد أمرين (١) خطأ المجنى عليه (٢) القوة القاهرة .

(١) خطأ المجنى عليه . يحدد خطأ المجنى عليه أثره العادي وهو الاعفاء من المسؤولية بشرط أن يترتب الضرر كله فعلاً على هذا الخطأ (٣) ذلك لأن الخطأ الظني الذي يفترض وقوعه من حارس الشيء ينهار إزاء

(١) حكم دوائر محكمة النقض المجتمعة ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ د . ١٩٣٠ ، ١٠ ، ٥٧

(٢) نفس ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ د ، ١٩٢٧ ، ١٤ ، ١٤٥٠

(٣) نفس مدني ٨ يونية سنة ١٩٣١ م ، ١٩٣٢ ، ١٤ ، ٤٥٠

الخطأ الفعلي الثابت قبل المجنى عليه . على أن المحكمة تستطيع أن تقسم المسؤولية اذا ترتبت الحادثة على اخطاء فعلية وقعت من الفريقين ^(١)

(٢) القوة القاهرة . تعفى القوة القاهرة من المسؤولية . إنما يجب أن تقتصر القوة القاهرة على الحوادث الخارجية فلا تشمل الحوادث المنبثقة من نفس الشيء أثناء حركته أو الارتفاع به . فلا يعتبر قوة القاهرة انفجار غطاء أو تحطم مجلة . أو انقلاب عربة ، أو تكسر قطعة من سيارة أو قاطرة ، أو وعت الطريق أو قلبه صعداً وصيلاً بكيفية لا يمكن السائق من رؤية ما يليه . كل هذه الأحوال وما يماثلها لا تعفى من المسؤولية ^(٢) ويعتبر فعل الغير قوة القاهرة الا اذا كان منظوراً أو كان في الامكان تجنبه ولم يحتاط بخطأ .

٤٤٦ — في أموال ملوول المسؤولية عن الخطأ محل المسؤولية من الأشياء

(١) نزول المسؤولية عن الأشياء ، وهى التى تقع بحكم القانون ، اذا تعارضت مع مسؤولية أخرى . فاذا تصادمت سيارتان ، تساقطت القريبتان القائمات على حراسهما . ويتعين الأخذ بقواعد المسؤولية عن الخطأ ، واذا أمكن اثبات خطأ فعلى وقع من أحدهما صار هو المسئول عن الضرر ، والا تحمل كل حارس الضرر الحاصل له ، بكيفية قطعية ، وبدون امكان رجوع أحدهما على الآخر . الا أنه يشترط لتطبيق قاعدة تهاثر قريقتى المسؤولية توافر عدة شروط ، وإلا تعذر تطبيقها وهى :

(١) اذا وقع الضرر على جانب واحد ، فلا تبقى إلا قرينة واحدة

(١) نفس ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٤ د ، ١٩٢٥ ، ١ ، ١٢ .

(٢) نفس أول مايو سنة ١٩٣٠ د ، ١١٩٣٠ ، ١ ، ١٣٧ ونفس ٢ مارس سنة ١٩٢٧ س ، ١٩٢٧ ، ١ ، ٢٣٢ وقد صدر فى فرنسا قانون ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ قضى بأن المسؤولية عن سقوط الطائرات لا تزول حتى فى حالة القوة القاهرة الا اذا أمكن اثبات خطأ المجنى عليه .

يستفيد منها حارس العربية المصابة بضرر، وتسرى المادة ١٥٣/١٥ مدني^(١).
(ب) وكذلك الحال إذا سببت سيارة واحدة الحادثة فليس تمت إلا فعل واحد، وهذا الفعل هو الذي يترتب عليه مسؤولية الحارس^(٢).
(>) يشترط لتطبيق قاعدة التهاثر أن تكون العربتان من نوع واحد حائزتان لقوة معادلة لاهداث الضرر كسيارتين . فاذا وقعت الحادثة بين سيارة ودراجة فلا تهاثر القريقتان لعدم تناسب الخطر في كل (جوسران ج ٢ بند ٥٥٠) .

(٢) يرى القضاء أن المسؤولية عن الخطأ تحمل محل المسؤولية عن الأشياء إذا قصد الحارس أن يقدم خدمة الى المجنى عليه أو يصطنعه . فاذا قبل أو التمس شخص من آخر أن يأخذ مكاناً في سيارته مجاناً وأصيب في حادثة فلا يجوز له أن يوجه إلى سائق السيارة مسؤولية عن الشيء ، ولا يحصل على تعويض إلا اذا أثبت على الحارس ارتكاب خطأ معين بالمعنى المقصود في المادة ١٥١/٢١٣ م^(٣) . وذلك لأن الراكب مجاناً ، يختلف عن الغير ، في أنه اشترك في استعمال السيارة ، وانه يعلم الأخطار التي يتعرض لها بمحض ارادته ، بشرط أن لا يكون المجنى عليه طفلاً أو مجنوناً أى غير أهل لتحمله بارادته اخطار النقل .

٤٤٧ - في ملول المسؤولية التعاقبية محل المسؤولية عن الأشياء . اذا ارتبط الحارس والمجنى عليه بعقد للاتفاق بالشيء الضار خضعت المسؤولية عن الضرر لشروط العقد المذكور . فعقد النقل يحمل أمين النقل التزاماً بسلامة البضاعة أو المسافر ، فاذا أصيب المسافر بضرر فلا يستحق التضمين طبقاً للبادء ١٥١ - ١٥٣ مدني، بل يستحقه طبقاً لقواعد المسؤولية التعاقبية .

(١) قض فرلسي ٢٤ يونية سنة ١٩٣٠ د ، ١٩٣٠ ، ١ ، ١٣٧ .

(٢) قض أول مايو سنة ١٩٣٠ ، د ، ١٩٣٠ ، ١ ، ١٣٧ .

(٣) قض فرلسي ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ د ، ١٩٢٨ ، ١ ، ١٤٥ .

الفرع الرابع

المسئولية المعرأة عن فكرة الخطأ^(١)

المسئولية الشيئية الفرعية

٤٤٨ - غرر الحرفة . يحدث أن يعتبر شخص مسئولاً عن الضرر حتى اذا لم يمكن نسبة أى افعال أو خطأ اليه ، وحتى اذا كان مجال نشاطه مشروعاً وأقرته السلطات العامة . وقد وصل القضاء الفرنسى الى تقرير مسئولية شيئية أساسها الخطر كمسئولية ملتزم عما يترتب على استغلاله من اضرار للملاك سطح الأرض وللملتزمين المجاورين له (دوائر محكمة النقض مجمعة ٢٣ يولية ١٨٦٢ ، د ١٨٦٢ ، ١ : ٢٥٧) .

ويلاحظ أن هذا المبدأ تقرر فى فرنسا قبل أن يصدر المشرع الفرنسى قانون ٩ ابريل سنة ١٨٩٨ الخاص بحوادث العمل ، وهو هذا القانون الذى قضى بتحميل رب العمل خطر الحوادث التى تقع على العمال أثناء أو بسبب عملهم . وكان هذا القانون فاتحة قوانين أخرى شملت كل مناحى الحياة الاجتماعية .

٤٤٩ - القضاء المصرى . رفض القضاء المصرى ، أهلى ومختلط ، فى

جملته تقرير نظرية تحميل رب العمل غرر الحرفة^(٢) وتعلق بنظرية الخطأ

Responsabilité libérée de toute idée de faute ; responsabilité (١)
objective à base de risque

(٢) شهدت بعض الأحكام عن هذا الاجماع « استئناف أهلى ١٠ ابريل سنة ١٩٢٧ بمجموعة رسمية ٢٨ ، ٥٩ » وأخذت بعض المحاكم الاجرائية المختلطة بقاعدة تحميل رب العمل خطر الحرفة « مصر الاجرائية المختلطة ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ جازية المحاكم المختلطة ج ١٨ ، ٢٣٣ ، ٢٩٥ و ١٧ يونيه ١٩٢٩ ج ٢٠ ، ١٩٥ ، ١٨٨ » واسكتندرية الجزئية المختلطة ١٤ ابريل سنة ١٩٣١ جازية المحاكم المختلطة ج ٢٢ ، ٢٨١ ، ٣٢٤ ورفضت محكمة الاستئناف المختلطة الأخذ بهذه النظرية (انظر الجدول المصرى الرابع لمجلة التشريع والقضاء المختلطة بند ٤٥٦٨ - ٤٥٧٥)

مع ما يستتبعها من تكليف المجنى عليه بإثبات خطأ ولى العمل ، وهواثبات متعذر الحصول فى معظم الأحوال . وقد أهمل القضاء الفرنسى هذه النظرية قبل تدخل المشرع ، متمشياً مع تطور الحياة الاقتصادية ، وروح العصر الاجتماعية . وبقيننا أن القضاء المصرى واجد فى نصوص العدل والانصاف المودعة فى قوانيننا ما يمكنه من الاخذ بنظرية غرر الخرقه . ويجب أن تسود نظرية المسئولية الاعتبارية البسيطة الآتية وهى أن أولياء الأعمال ، بما لهم من السلطة من جهة ، واستثمارهم بمعظم الغنم من جهة أخرى ، يجب أن يتحملوا المخاطر التى يتعرض لها العمال ، فىكون ولى العمل مؤمناً لنفسه بنفسه على الأخطار التى خلقها بنشاطه واقدامه . وهو فى مأمن من مخاطرها والا ساءت أحوال العمال . وضاع عليهم معين حياتهم بلا رجعة على أحد .

(أهم المراجع العامة)

Aaubry et Rau. Cours de droit civil français 12 vols.

Baudry-Lacantenerie. Traité théorique de droit civil.

Colin et Capitant. Cours élémentaire de droit civil français 3 vols.

Hémar. Précis élémentaire de droit civil. 3 vols.

Josserand. Cours de droit positif français 3 vols.

Planiol. Traité élémentaire de droit civil 3 vols.

Walton. The Egyptian law of obligations 2 vols.

فتحى زغلول باشا . شرح القانون المدنى المصرى ١٩١٣

عبد السلام ذهنى بك . الالتزامات ، النظرية العامة ١٩٢٥

أحمد نجيب الهلالى بك . البيع والحوالة والمقايضة ١٩٢٥

محمد البشماوى بك . قواعد المرافعات ١٩٢٨

(جدول الرموز)

(١) ٧٨/١٢٠ = المادة ١٢٠ مدنى اهلى ويقابلها مادة ١٧٨ مدنى مختلط

(٢) سم ٤ مايو سنة ١٩٢٢ ق ج ٣٤، ٣٨١ = حكم صادر من محكمة

الاستئناف المختلطة بتاريخ ٤ مايو سنة ١٩٢٢ ومنشور بمجلة

التشريع والقضاء Bulletin de législation et de jurisprudence

(٣) نقض فرنسى ١٠ اغسطس سنة ١٨٥٩، د ١٠٥٩، ١٠١٤١ = حكم

صادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٠ اغسطس سنة ١٨٥٩

ومنشور بمجلة دالوز Dalloz périodique سنة ١٨٥٩ القسم

الاول صفحة ١٤١ .

(٤) نانسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٠٨، س ١٩٠٩، ٢، ٢٤ = حكم صادر من

محكمة نانسى بتاريخ ٢١ نوفمبر سنة ١٩٠٨ ومنشور بمجلة سبرى

Sirey سنة ١٩٠٩ القسم الثانى ص ٢٤

فهرس

صفحة

٢	مقدمة
٢	الباب الأول — في نتائج الشهادات
١٢	الفصل الأول — في التنفيذ الفهرى
١٧	الفرع الأول — في الأكره البدنى
١٩	الفرع الثانى — و التنفيذ على الاموال
٢٥	الفرع الثالث — في نظام التنفيذ بالتهديد للمالى
٢٩	الفرع الرابع — في اعصار المدين
٣٢	الفصل الثانى — في التوضيات
٣٣	الفرع الأول — في شروط استحقاق التوضي
٥١	الفرع الثانى — التوضيات المتصلة بالتقود
٥٦	الفصل الثالث — في المحافظة على أموال المدين
٥٧	الفرع الأول — رفع الفائت دعاوى مدينه
٦٢	الفرع الثانى — في الدعوى البوليسية
٧٣	الباب الثانى — العهد الطيبى
٨١	الباب الثالث — الشهادات الأجلية والمرطية
٨١	الفصل الأول — الشهادات الأجلية
٨٩	الفصل الثانى — في الشهادات المرطية
٩٥	الباب الرابع — في اهضاء الشهادات
٩٥	الفصل الأول — في الوفاء البسيط
١١٥	الفصل الثانى — في الوفاء مم الحلول محل الفائت
١٢٣	الفصل الثالث — في الوفاء بشئ المفق عليه
١٢٤	الفصل الرابع — في تجديد العهد
١٣١	الفصل الخامس — في المقاصة
١٣٨	الفصل السادس — في اتحاد القعة
١٤٠	الفصل السابع — الأجل السالب
١٤٠	الفصل الثامن — في الابراء من العهد
١٤٣	الفصل التاسع — استحالة الوفاء
١٤٥	الفصل العاشر — في مضي المدة أو التقادم
١٦٣	الباب الخامس — في انتقال الشهادات بالحالة

صفحة

الباب السادس — الشهادات المركبة (الشهادات المتعددة المحال أو الأشخاص)	١٧٤
الفصل الأول — في الشهادات الخيرية والبذلية	١٧٤
الفرع الأول — في الشهادات الخيرية	١٧٤
الفرع الثاني — في الشهادات البذلية	١٧٦
الفصل الثاني — في الشهادات المتقسمة والضمانية	١٧٩
الفرع الأول — في الشهادات المتقسمة	١٧٩
الفرع الثاني — في الشهادات الضمانية	١٨٠
المبحث الأول — في تضامن المالكين	١٨٠
المبحث الثاني — في تضامن المدينين	١٨٣
الفصل الثالث — الشهادات غير المتقسمة	١٩٩
الباب السابع — في مصادر الشهادات	٢٠٤
الفصل الأول — في العقود — عموميات	٢٠٥
الفرع الأول — في تسليم العقود	٢٠٨
الفرع الثاني — في شروط انعقاد وصحة العقود	٢١١
المبحث الأول — في الأهلية	٢١٢
المبحث الثاني — في الرضا	٢١٦
المبحث الثالث — في جوب الرضا	٢٢٢
المطلب الأول — في الغلط	٢٢٢
المطلب الثاني — في الإكراه	٢٣٢
المطلب الثالث — في التدليس	٢٣٨
الفرع الثالث — في موضوع العقود	٢٤٤
المبحث الأول — في موضوع التصهد	٢٤٦
المبحث الثاني — في امكان تنفيذ موضوع التصهد	٢٤٧
المبحث الثالث — في امكان تملك موضوع التصهد وعدم مخالفته للقانون والنظام أو الآداب	٢٥١
المبحث الرابع — يتعلق موضوع التصهد بشخص المدين	٢٦٢
الفرع الرابع — في السبب	٢٦٤
الفرع الخامس — في النتائج العامة للعقود	٢٧٠
المبحث الأول — في نتائج العقد بالنسبة للمعاقدين وخصائصهم	٢٧٠
المبحث الثاني — في الصورية	٢٧٢
المبحث الثالث — في الصادق لقمة الغير	٢٧٥
الفرع السادس — في بطلان العقود وقضاها	٢٧٧

Biblioteca Alexandrina



0224511